

85.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS.

THÈSE

POUR

LE DOCTORAT

L'acte public sur les matières ci-après, sera présenté et soutenu le mercredi 25 août 1858, à 11 heures,

PAR GEORGES CANTACUZÈNE,

Né à Bucharest (Valachie).

Président :	M. DURANTON,	*Professeur.*
Suffragants	MM. PELLAT, PERREYVE, COLMET D'AAGE,	*Professeurs.*
	RATAUD,	*Suppléant.*

Le candidat répondra en outre aux questions qui lui seront faites sur les autres matières de l'enseignement.

PARIS

IMPRIMERIE DE MADAME Ve LACOUR

18, RUE SOUFFLOT, 18

1858

A LA MÉMOIRE

DE MON PÈRE

—

A MON BEAU-PÈRE

—

A MA MÈRE

—

A MON ONCLE

TABLE DES MATIÈRES.

DROIT ROMAIN.

THÉORIE DE LA NOVATION.

DROIT FRANÇAIS.

DE LA NOVATION.

DROIT ROMAIN

THÉORIE DE LA NOVATION

INTRODUCTION.

1. Avant d'aborder l'exposition détaillée de la novation, en droit romain, il nous semble nécessaire de présenter quelques notions préliminaires sur les modes d'extinction des obligations, dont elle fait partie.

2. Les différentes causes qui peuvent éteindre une dette se classent en deux grandes catégories, suivant que ces causes opèrent *ipso jure* ou *exceptionis ope*. Cette division, née du système de procédure formulaire,

offrait une grande importance pendant la période où il fut en vigueur. Aussi nous placerons-nous d'abord au point de vue de cette époque, pour apprécier les principales conséquences d'où résulte l'intérêt de cette distinction.

3. On disait qu'une obligation était éteinte *ipso jure*, lorsqu'il s'était produit un fait juridique considéré par le droit civil comme étant de nature à la faire disparaître; quand, au contraire, il s'agissait d'un fait auquel la loi civile n'avait pas attaché la puissance de détruire le *vinculum juris*, mais qui permettait de paralyser l'action du créancier, en opposant une exception établie soit par la loi, soit par le préteur, on disait que la dette était éteinte *exceptionis ope*.

4. Or, il importe beaucoup de ne pas confondre ces divers modes d'extinction :

1° Au point de vue de la *forme*. Le défendeur est toujours admis à faire valoir *in judicio* une cause extinctive de la dette opérant *ipso jure*, alors même qu'il ne l'aurait pas mentionnée devant le magistrat, et indépendamment de toute modification dans la formule de l'action. En effet, il est tout simple de lui permettre de nier la prétention formulée dans l'*intentio*, en démontrant que la dette n'a jamais existé ou n'existe plus. — Au contraire, pour faire valoir en général les modes d'extinction *exceptionis ope*, la nature même du système formulaire exige que le défendeur ait fait modifier l'instruction qui confère au *judex*

ses pouvoirs et fixe le terrain du débat (1). L'exception, ajoutée à la suite de l'*intentio* sous forme de condition négative et subsidiaire, permet au défendeur d'éviter la condamnation, en prouvant *in judicio* l'existence d'un fait qui, de sa nature, était impuissant à détruire la créance aux yeux du droit civil.

2° Au point de vue des *personnes qui peuvent les invoquer*. En effet, un mode d'extinction *ipso jure* peut en général être invoqué par tout intéressé (2). Souvent, au contraire, un mode d'extinction *exceptionis ope* ne peut l'être que par certaines personnes (3). Ainsi, les fidéjusseurs auxquels on donne, en général, les exceptions *rei cohærentes* (telles que celles *doli, quod metus causa, jurisjurandi, rei judicatæ*), n'ont pas celles *personæ cohærentes*; comme

(1) En principe, l'exception n'avait pas besoin d'être insérée dans les actions de bonne foi, dans lesquelles elle était sous-entendue. Il pouvait néanmoins arriver que cette insertion y fût nécessaire, si l'exception ne reposait pas sur un manque de foi du demandeur. Telles étaient les exceptions *rei judicatæ*, *rei residuæ* (G., 4, §§ 121, 122), celle du S.-C. Velléien. Rien n'empêche en effet, dans ces cas, que la mauvaise foi se trouve du côté de celui qui oppose l'exception. M. de Savigny a soutenu, il est vrai, que toutes les exceptions devaient être sous-entendues dans les actions de bonne foi ; mais la loi 2, *De judiciis* (Code, 3, 1), nous semble contredire ce système (V. Bonjean, t. 2, p. 268. — Cujas, t. 5, *Operum postumor.*, col. 120).

(2) V. toutefois l. 71, pr., De fidejuss. (D., 46, 1). — L. 95, §§ 2, 3, De solut. (D., 46, 3).

(3) Instit., De replicat., § 4 (4, 14). — L. 7, pr., et § 1, l. 19, De except. (D., 44, 1). — L. 21, l. 41, De re judic. (D., 42, 1).

la *cession de biens* ou celle d'un pacte *de non petendo in personam* (1).

3° Au point de vue du *fond du droit*. Lorsque l'extinction a lieu *ipso jure*, elle est considérée comme définitive. Au contraire, si une dette n'est éteinte que *exceptionis ope*, elle est plutôt paralysée que détruite radicalement (2). Dès lors, il est possible de lui rendre son efficacité première. Ainsi, un pacte *de non petendo* peut être effacé par un pacte inverse, et peut de la sorte permettre d'agir utilement contre celui qui était resté débiteur aux yeux du droit civil.

5. Lorsque le système de procédure extraordinaire succéda à celui des formules, la classification des modes d'extinction *ipso jure* et de ceux n'opérant que *exceptionis ope*, dut perdre beaucoup de son importance. Cependant, conservée par tradition, elle n'a pas disparu des compilations de Justinien. Elle offre encore de l'intérêt à un certain point de vue, car les modes d'extinction *ipso jure* peuvent être invoqués jusqu'à la sentence ; les autres, au contraire, doivent l'être *in limine litis*, avant l'exposé de l'af-

(1) Si même le pacte était *in rem*, il ne profiterait pas aux fidéjusseurs dans le cas où ils sont intervenus *animo donandi;* car le débiteur principal, n'étant pas alors soumis à leur recours, n'y a pas intérêt (l. 32, *De pactis*, D., 2, 14 ; l. 9, § 3. *Ad S.-C. Macedon.*, D., 14, 6). — S'il s'agissait de codébiteurs solidaires, il en serait de même lorsqu'ils ne sont pas *socii* (l. 3, § 3, *De liberat. legata*, D., 34, 3 — ; l. 21, § 5, *De pactis* (II, 14).

(2) L. 9, § 3, Ad S.-C. Macedon. (D., 14. 6).

faire qui forme la *litis contestatio*. Seulement, si le défendeur a oublié un de ces moyens de défense, il sera facilement restitué (1).

6. Ce serait sortir du cadre de notre travail que d'examiner en détail les différents modes d'extinction des obligations. Nous nous contenterons donc d'énumérer les principales causes qui éteignent les dettes *ipso jure*. Ce sont : le paiement, l'acceptilation, la novation, le mutuel dissentiment, mentionnés par Justinien dans ses Institutes (2) ; auxquels il faut ajouter : l'extinction *per æs et libram* (3) pour l'ancien droit, la *capitis deminutio* (4), la perte de la chose (5), la confusion (6) et le concours de deux causes lucratives (7).

7. Nous ferons remarquer, en terminant ces notions préliminaires, la généralité de cette phrase de la loi 35, *De diversis regulis juris* (D. 50, 17) : « *Nihil tam naturale est quam eo genere quidque dissolvere quo colligatum est.* » Cette idée n'est en effet exacte qu'en

(1) C. 2, Sentent. resc. non posse (Cod., 7, 50). — C. 8, C. 12, De except. (Code, 8, 36).

(2) Instit., liv. 3, tit. 29.

(3) G., 3, §§ 173, 155.

(4) G., 3, § 84. — 4, § 38.

(5) L. 23, l. 82, § 1, De verb. oblig. (D., 45, 1).

(6) L. 95, § 2, initio, De solut. (D., 46, 3). — L. 71, De fidej. (D., 46, 1).

(7) L. 17, De oblig. et act. (D., 44, 7). — L. 83, § 6, De verb. oblig. (D. 45, 1). — Instit., De legat., § 6 (2, 20).

partie. Il est vrai que l'*acceptilation*, qui a lieu *verbis*, n'éteint que les obligations nées *verbis*, et que le *mutuel dissentiment* n'éteint que les obligations nées *consensu*. Mais nous voyons d'un autre côté le *paiement* éteindre non-seulement les obligations formées *re*, mais encore celles formées *verbis*, *litteris*, *consensu*; et la *novation*, qui le plus souvent a lieu *verbis*, éteint toute obligation de quelque façon qu'elle soit née (1). Il en est de même des autres modes d'extinction, *ipso jure*, qui restent, sauf l'extinction *per æs et libram*, qui ne s'appliquait qu'à certaines obligations déterminées.

DE NOVATIONIBUS ET DELEGATIONIBUS.

(Livre XLVI, titre 2, Digeste, et livre VIII, titre 42, Code.)

8. La novation est la transformation d'une ancienne obligation en une nouvelle (2). C'est un mode d'extinction équivalent au paiement, en ce sens qu'il s'applique à toute espèce d'obligation quelle qu'en soit l'origine, et qu'il opère *ipso jure*. Il ressemble à la dation en paiement, en ce que le créancier reçoit, à la place de l'objet dû, une créance nouvelle. Seule-

(1) L. 1, § 1, l. 2, De novat. (D., 46, 2).
(2) L. 1, pr., De novat. (D., 46, 2).

ment le point de savoir si la *datio in solutum* opérait *ipso jure* était controversé entre les jurisconsultes (1).

9. Il résulte de notre définition que la novation a un double effet : 1° extinction ; 2° création d'une obligation. Cependant, certains auteurs modernes (2) ont contesté l'exactitude de la définition d'Ulpien, qu'ils trouvent trop restreinte. Suivant eux, elle péche en ce qu'elle ne comprend point la novation opérée par la *litis contestatio*, qui n'emporte pas toujours extinction *ipso jure* de la première dette, et qui d'ailleurs ne produit que des effets incomplets, puisqu'elle laisse subsister les gages, hypothèques, etc. Dès lors, on propose de définir la novation : ***prioris obligationis*** **MUTATIO.**

10. Nous ne pouvons admettre ce système, qui tend à modifier le langage adopté par les jurisconsultes eux-mêmes. C'est sortir des limites de la mission naturelle de l'interprète du droit romain, auquel il ne peut appartenir de corriger, sans s'appuyer sur des textes bien formels, une définition présentée comme principe fondamental dans un titre spécial du Digeste. L'utilité scientifique d'une pareille modification ne peut se justifier que par la supposition que le mot *no-*

(1) G., 3, § 168. — Justinien admet l'affirmative, en adoptant à cet égard, comme en beaucoup d'autres points, l'avis des Sabiniens (Instit., 3, 29, pr.).

(2) Muhlenbruch, *Doctrina Pandectarum*, § 474. — Molitor, t. 3, nos 1027, 1028.

vatio embrasse nécessairement les effets de la *litis contestatio*. Or, c'est là un point des plus contestables. Gaius présente la *litis contestatio* comme constituant, dans certains cas, un mode d'extinction des obligations ; mais il ne dit pas *novatur obligatio* (1). Les textes, en très petit nombre, qui se servent du mot *novare*, en parlant de la *litis contestatio*, supposent tous que les parties ont *volontairement* employé cette voie pour arriver à changer la personne du créancier. On utilisait ainsi les effets spéciaux de la *litis contestatio* pour opérer une délégation (2). Cependant il est vrai de dire que Justinien, qui ne tient plus comme les jurisconsultes classiques à l'exactitude du langage juridique, admet une *novation* judiciaire (3).

11. Quoi qu'il en soit, comme c'est là plutôt une question de mots qu'une question d'un véritable intérêt juridique, nous ne voyons pas d'inconvénient grave à conserver, comme la plupart des auteurs modernes, le mot novation appliqué aux effets de la *litis contestatio*, mais en y ajoutant l'adjectif *imparfaite* (4).

(1) G., 3, § 180.

(2) L. 11, § 1, *De novat.* (D., 46, 2). -- *Fragmenta vaticana*, § 263, lequel contient un cas de délégation opérée *inchoatis litibus*, où le *procurator in rem suam* devient *dominus litis*.

(3) C. 3, De usuris rei judic. (C. 7, 54).

(4) Par là, nous réservons les caractères spéciaux qui la séparent profondément de la novation proprement dite.

12. Nous traiterons dans une première partie de la *novation proprement dite*, et, dans une seconde, de la *novation imparfaite* ou des ***effets de la litis contestatio.***

PREMIÈRE PARTIE.

NOVATION PROPREMENT DITE.

13. La novation suppose le consentement des parties; elle peut s'opérer de deux manières différentes :

1° Par changement *dans la dette*, les sujets restant les mêmes (1). C'est la novation *réelle;*

2° Par changement dans l'un des sujets de l'obligation ou dans tous les deux (2). Ce genre de novation prend la dénomination d'*expromission* ou de délégation, selon qu'un nouveau débiteur vient s'offrir spontanément, ou en vertu d'un mandat donné par l'ancien débiteur, ou même par le créancier primitif; car le mot *mandare* est synonyme de *delegare*. Il ne suffit pas pour cela de la volonté du nouveau créancier; il faut de plus le mandat ou la ratification de l'ancien.

(1) G., com. 3, § 177.
(2) G., com. 3, § 176. — L. 22, De novat. (D., 46, 2).

Ce mode de novation était en grand honneur à l'époque où la *procuratio in rem suam* n'avait pas encore conquis sa place dans la législation. C'était alors l'unique moyen de produire des effets analogues à ceux de la cession de créance (1).

Enfin la délégation peut opérer à la fois changement de débiteur et de créancier : par exemple, lorsqu'un débiteur délègue à son créancier son propre débiteur.

14. Rien n'empêche, du reste, de changer tous les éléments qui viennent d'être mentionnés, et d'avoir, à la fois, un nouveau créancier, un nouveau débiteur et une nouvelle dette (2).

CHAPITRE PREMIER.

NOVATION RÉELLE.

15. Cette dénomination s'applique à la novation par changement dans la dette. Ce changement peut porter :

(1) G., com., 2, § 38. — Vaticana fragmenta, § 263.

(2) Exemple : Secundus, débiteur de 10,000 sesterces envers Primus, délègue Tertius, son débiteur d'un cheval, à Quartus, ami de son propre créancier Primus, avec le consentement de celui-ci. Les éléments de la première dette étaient : Secundus, Primus et 10,000 sesterces ; ceux de la seconde sont : Tertius, Quartus et un cheval.

A. Sur la cause de la dette : Ainsi, créancier d'une chose en vertu d'un legs (1), d'un *mutuum*, d'une vente, je le deviens en vertu d'une stipulation.

B. Sur son objet. Ainsi, *spondesne mihi fundum sempronianum pro decem quos mihi* spopondisti (2).

C. Sur sa modalité. Comme si créancier conditionnel je stipulais *pure*, ou réciproquement ; ou si devant *pure*, je stipulais à terme ou *vice versa*. Lors donc qu'il y aura stipulation nouvelle, avec *adjectio* ou *detractio diei*, il y aura novation, et dès lors extinction de toutes les garanties de l'ancienne créance. Mais il faudra pour cela l'intention de nover.

D. Sur ses accessoires. Tel serait le cas où, ayant un débiteur non cautionné, je stipule l'adjonction d'un fidéjusseur, ou sa suppression si ma dette était garantie dès le principe. *Si fidejussor adjiciatur* ou *detrahatur* (Just. § 3. *Quib. modis tollitur obligatio*) (3).

SECTION PREMIÈRE.

ÉLÉMENTS DE LA NOVATION.

16. On peut en compter cinq indispensables à la perfection de la novation, savoir :

1° Une obligation à nover ;

(1) L. 8, § 1, De novat. (D., 46, 2).

(2) Cf., l. 28, eod tit.

(3) Ces mots ont donné lieu à une difficulté qui aujourd'hui encore

2° Une obligation qui nove.
3° L'intention de nover.
4° La capacité des parties.
5° La forme de la novation.

partage les meilleurs esprits. Comment, dit-on, concevoir que l'accession ou la suppression d'un fidéjusseur puisse éteindre l'obligation par novation, lorsqu'elle n'a pour but que de fortifier et consolider cette obligation, ou d'abdiquer une garantie superflue. Qu'après la naissance de l'obligation de Primus, Secundus vienne cautionner la dette, ou quo, postérieurement à l'engagement simultané de Primus comme débiteur, et de Secundus comme fidéjusseur; ce dernier soit déchargé, ce sont là des faits indépendants de l'obligation de Primus, qui n'en reste pas moins tenu de la même dette. Plusieurs interprétations ont été proposées pour résoudre la question.

Première opinion. — La difficulté provient d'une méprise commise par les rédacteurs des Institutes, qui ont mal copié Gaius (§ 177), en substituant le mot « *fidejussor* » à celui de « *sponsor*, » sans songer aux différences qui séparent ces deux classes d'intercesseurs. Gaius était dans le vrai; les Institutes ont tort. En effet, il résulte, par argument *à contrario* du § 3, *De fidejussoribus*, aux Institutes (livre 3, tit. 20), quo les *sponsores* devaient s'engager au moment même de la création de l'obligation principale. Si donc on voulait plus tard consolider une dette par l'adjonction d'un *sponsor*, ou l'affaiblir par sa suppression, il fallait un nouveau contrat verbal. Mais cette adjonction ou cette suppression opérait-elle novation? Y avait-il là le *quid novi* dont parle Gaius (3, § 177)? Le champ était ouvert à la controverse sur ce point. Les Sabiniens soutenaient que l'adjonction ou la libération d'un *sponsor* novait l'obligation; les Proculéiens, qu'elle ne produisait aucune novation (G., § 178). Le *fidejussor* peut, au contraire, indifféremment précéder ou suivre l'obligation (Inst., 3, 20, § 3). On ne conçoit donc plus la nécessité de recommencer le contrat principal, et dès lors comment soulever la question de novation, puisque rien n'a été éteint (MM. Ortolan, Ducaurroy, Étienne)?

2e *Système.* — L'opinion précédente repose sur une différence au moins contestable entre le *sponsor* et le *fidejussor*. Il n'est pas

§ 1er. *De l'obligation à nover.*

17. Cette obligation peut n'avoir qu'une existence apparente, elle peut exister purement et simplement,

prouvé que le premier ne puisse s'obliger qu'au moment où se forme l'obligation principale. L'argument *a contrario*, puisé dans le § 3 des Institutes (3, 20), est sans force démonstrative : 1° parce que la *sponsio*, n'existant plus du temps de Justinien, il est plus probable que les rédacteurs des Institutes ont voulu établir une dissemblance entre le *fidejussor* et un ordre d'intercesseurs encore en usage, qu'entre lui et le *sponsor*, qui ne vivait plus qu'à l'état de souvenir. Or, on peut dire que leur pensée a été d'opposer le *fidejussor*, « *qui obligationem præcedere et sequi potest*, » au *mandator pecuniæ credendæ*, qui s'oblige ordinairement (V. l. 12, § 14, *Mandat.*, 17, 1) avant le débiteur, et à celui qui s'engage par un pacte de *constitut*, lequel ne peut s'obliger qu'après lui; 2° à cause du § 3, com. 3 de Gaius. Ce texte impose au créancier le devoir de déclarer hautement, et à l'avance, combien de *sponsores* garantissent sa créance, afin que ceux-ci sachent quels sont ceux qu'ils pourront poursuivre, si l'un d'eux paie seul toute la dette, et quelle est leur part contributoire, la loi *Apuleia, De sponsu* (102 avant J.-C.) (tout porte à croire que c'est cette loi, cependant le mot est illisible dans le manuscrit de Gaius) ayant établi entre les *sponsores* et *fidepromissores* une société de plein droit. Cette déclaration était prescrite au créancier sous peine de voir ses *sponsores* libérés judiciairement. Or, à quoi serviraient cette formalité et la sanction qui s'y trouve jointe, si les *sponsores*, devant intervenir au moment de la formation de l'obligation principale, pouvaient se voir et se compter? La déclaration imposée au créancier par la loi Apuleia eût été alors sans aucune utilité. Si donc on l'exigeait, c'est que les *sponsores*, pouvant intervenir à des époques différentes et souvent éloignées, il fallait donner à chacun d'eux connaissance de ceux qui s'étaient déjà engagés, afin qu'il lui fût permis de juger de l'étendue de son obligation.

Une fois ce point établi, savoir, que les *sponsores* pouvaient s'obli-

investie de plus ou moins de force juridique ; elle peut être à terme ou conditionnelle.

18. Lorsque l'obligation que l'on veut nover n'existe qu'en apparence, ou est nulle *ipso jure*, il est clair

ger après le débiteur principal, et le premier système étant réfuté, voici l'interprétation que l'on donne aux mots « *si fidejussor adjiciatur* ou *detrahatur.* » Il ne s'agit pas de l'adjonction ou de la suppression *en fait* du fidéjusseur, mais de la promesse à faire de donner un fidéjusseur ou de celle déjà faite à supprimer.

a. Pour expliquer le mot « *adjicitur*, » il faut supposer que le créancier, d'abord confiant dans la solvabilité du débiteur, conçoit des doutes plus tard à cet égard, et lui demande de s'engager à fournir un fidéjusseur. Le plus simple, pour le créancier, est de recommencer la stipulation, et de dire : « *Promittisne cum fidejussore?* »

b. Pour interpréter le « *detrahitur*, il faut supposer l'hypothèse inverse. D'abord défiant de son fidéjusseur, auquel il a fait promettre de lui procurer un fidéjusseur, le créancier s'aperçoit que sa fortune lui présente les plus sûres garanties. Il le décharge de l'obligation de fournir le fidéjusseur promis, et, recommençant la stipulation, dit : « *Promittisne sine fidejussore?* » — Ce système, qui a l'avantage de se concevoir facilement, donne peut-être un sens forcé aux mots *adjiciatur vel detrahatur*, et rend difficile à comprendre la controverse des Sabiniens et des Proculéiens au sujet du *sponsor.*

3e *Système.* — Quel que soit le parti que l'on adopte, il faut limiter la question au cas d'adjonction du fidéjusseur, et écarter celui de la suppression. En effet, dit-on, pour que le fidéjusseur fût libéré, d'après le droit civil, que fallait-il? Une acceptilation. Or, les effets de ce mode de libération étant absolus (l. 16, pr., *De acceptilat.*, D., 46, 4), c'est par acceptilation et non par novation que s'éteindra aussi l'obligation principale. Dès lors, la difficulté sur le point de savoir quand il y a novation ne peut s'élever que pour l'hypothèse où il vient s'adjoindre à l'obligation principale. — Cette opinion nous paraît difficilement soutenable. En effet, le créancier ne procédera pas par acceptilation pour éteindre la dette du fidéjusseur, car ce serait éteindre en même temps la dette principale, et rendre dès lors toute novation impossible. Mais il peut employer un pacte *de non petendo*

qu'il ne peut être question de novation, de substitution d'une dette à une autre.

19. Mais si une stipulation est faite pour nover une obligation non existante, quel sera son sort? Sera-

qui opère *exceptionis ope*. Or, la nouvelle dette est subordonnée, dans l'intention des parties, à la condition de la suppression du fidéjusseur, laquelle ne pouvait s'opérer que par ce moyen, d'après la nature de l'opération. Cela posé, l'existence d'un lien conditionnel suffit pour opérer novation de la dette primitivement pure et simple.

4° *Système.* — La novation suppose, outre l'emploi de la forme requise, l'intention des parties de l'opérer. Cette intention doit avoir un but raisonnable, c'est-à-dire tendre à quelque chose de nouveau. D'après les Proculéiens (G., 3, § 178), le *aliquid novi* devait résulter des termes de la stipulation. Les Sabiniens, au contraire, dont l'avis semble avoir prévalu (G., 3, § 177; — Inst. 3, 29, § 3), n'exigeaient pas cette dernière condition. Il résulte de là que l'adjonction ou la suppression d'un fidéjusseur ou d'une garantie quelconque, expliquant d'une manière raisonnable l'intention de nover, suffit pour qu'il y ait novation, si les parties l'ont voulu. Si donc Primus, créancier de Secundus pour une somme de dix, stipule ces mêmes dix dans l'intention d'ajouter plus tard un fidéjusseur, on pourra dire, en considérant l'opération dans son ensemble, qu'il y a novation. Et la question présente de l'intérêt si l'on suppose que la première créance était garantie par des hypothèques, etc... Le changement consiste dans la suppression de ces garanties et dans l'adjonction d'un fidéjusseur. Et cette adjonction fera présumer l'intention des parties de remplacer par cette dernière garantie les garanties précédentes. Lorsque le *aliquid novi* consistera uniquement dans un fidéjusseur à retrancher, plus tard, l'intention de nover se présumera plus difficilement. Mais ce sera là une question de fait. La possibilité d'opérer novation en ajoutant ou retranchant un fidéjusseur ressort suffisamment des deux textes suivants : 1° des Institutes (3, 29, § 3), qui mettent sur la même ligne le terme et le fidéjusseur; 2° de la Const. 8, au Code, *De novat.* (8, 42), qui reconnaît, d'après les anciens jurisconsultes, qu'on peut faire novation en établissant un gage pour sûreté d'une dette antérieure. Or, le gage *sequi potest*

t-elle nulle *ipso jure* ou *exceptionis ope ?* Le strict droit civil ne s'occupant pas de la cause finale de l'obligation, mais de l'accomplissement des formalités requises, répond : L'obligation existe dès qu'il y a sti-

obligationem (C. F., l. 5, *De pignor.*, D., 20, 1), de même que le fidéjusseur. — Cette opinion, raisonnable dans ses résultats, est peut-être contraire à la manière rigoureuse de raisonner des Romains. On peut lui reprocher de faire une pétition de principes, en considérant comme constituant le *aliquid novi* nécessaire à toute novation la volonté de supprimer un fidéjusseur, lorsque telle a été l'intention des parties. Pour que la novation soit possible, il faut : 1° l'*animus novandi;* 2° *aliquid novi*. Or, la suppression du fidéjusseur étant l'*effet* de la novation, si elle se produit, ne peut lui servir de *cause*. On pourrait dire aussi que ce système, en laissant les parties libres d'ajouter ou de retrancher le fidéjusseur, longtemps même après la seconde stipulation ayant pour but de nover, entend d'une façon un peu trop large les mots : « *Quid* NOVI IN POSTERIORE STIPULATIONE. » (Inst., 3, 29, § 3.) Si la modification apportée à la nouvelle dette n'avait pas besoin de se trouver comprise dans les termes mêmes de la nouvelle stipulation, au moins fallait-il qu'elle se rattachât par un lien direct et immédiat à l'obligation principale. Il semble que cette exigence est plus conforme au génie romain et au texte des Instituts qui veulent, *pour qu'il y ait novation*, une suppression de fidéjusseur, et non pas qu'elle résulte de la novation.

5e *Système.* — Si, d'un côté, le débiteur principal était interrogé de nouveau, et de l'autre, si l'addition ou la suppression d'un fidéjusseur était jointe à cette interrogation, il y avait novation suivant les Institutes (3, 29, § 3), qui adoptent sur ce point l'opinion que les Sabiniens soutenaient contre l'école adverse, relativement au *sponsor*. Il y a novation dans ce cas, quoique l'obligation principale reste en apparence la même, car c'est l'opération dans son ensemble qu'il faut considérer, et l'addition ou la suppression d'un fidéjusseur constitue un changement suffisant pour opérer novation, pourvu que ces actes s'accomplissent en même temps *ou dans un court intervalle après* l'obligation principale, afin d'être rattachés à elle par un lien immédiat. Quant au motif sur lequel on basait la novation, voici l'explication que nous croyons devoir présenter : La seconde stipulation est subordonnée, dans l'intention des parties, à la *condition* de l'adjonction ou de la sup-

pulation régulière. Mais le droit prétorien vient en aide au promettant, en lui accordant une exception de dol. C'est ce qui ressort clairement des textes (1); car, si me croyant à tort votre débiteur, je promets par stipulation sur votre ordre à un tiers auquel vous voulez faire une donation, ou à celui que vous croyez faussement être votre créancier, je pourrai repousser le stipulant par l'exception de dol, et j'aurai même la *condictio incerti* ou *sine causa* contre lui, pour le forcer à me libérer par acceptilation. Il en serait différemment si, me croyant par erreur votre débiteur,

pression d'un fidéjusseur. Lorsqu'elle s'accomplit, la stipulation se réalise, et, d'après l'intention des contractants, nove la première dette. Ainsi, la seconde stipulation contient *aliquid novi*, une *condition tacite*. Or, toute dette conditionnelle suffit pour nover une dette pure et simple ayant le même objet. Cette intention ne pourrait guère se supposer en fait, si le fidéjusseur n'était fourni ou retranché que longtemps après la seconde stipulation. Il faut donc supposer une opération d'ensemble, à moins que les parties n'aient *expressément* subordonné la seconde stipulation à l'adjonction ou suppression postérieure d'un fidéjusseur. — On peut conjecturer que l'idée de condition tacite était admise par les Sabiniens contrairement aux Proculéiens, qui s'attachaient à la lettre de la seconde stipulation pour prétendre qu'elle ne contenait rien de nouveau. Du reste, ce qui a été dit du *fidéjusseur* s'appliquait également au *sponsor* et au *fidepromissor*. En effet, le mot *spondere* se trouve pris *lato sensu* dans le § 4, *De mandato* (Inst., 3, 26), qui paraît emprunté à Gaius. — Quoique la question que nous venons d'examiner soit très douteuse et délicate, les éléments de la discussion manquant presque totalement, ce dernier système nous semble le plus probable.

(1) L. 7, De doli mali et met. except. (D., 44, 4). L. 2, §§ 3, 4, *De donat.* (D., 39, 5). V. sur ces lois la *Grande Glose* et le *Corpus juris* annoté de Denis Godefroy.

vous me déléguez à votre véritable créancier (1). Ici je ne pourrai le repousser par aucune exception.

Mais cette décision n'a rien de contraire à ce qui a été dit plus haut, car si l'exception est interdite, c'est que le créancier ne fait que recevoir ce qui lui est dû : « *quia ille suum recepit.* » Il n'y a aucun fait de dol de sa part. J'aurai seulement la *condictio incerti* contre mon prétendu débiteur, afin qu'il mette ses soins à me procurer ma libération, si je n'ai pas encore payé, ou la *condictio certi* et même l'action *mandati contraria*, si j'ai été obligé de m'acquitter (2).

20. Il peut cependant arriver que l'obligation destinée à nover une dette qui n'existe pas, soit nulle *ipso jure*. C'est lorsque la stipulation a pour objet l'obligation primitive privée d'existence. Ainsi : « *Promittisne id quod mihi Titius debet ?* » Si Titius ne doit rien, la stipulation est nulle *ipso jure*, faute d'objet. Il en serait différemment, ainsi que nous l'avons vu, si l'on disait : « *Promittisne decem ?* » sans indication du rapport que l'on croit exister entre les deux obligations. Cette stipulation ne pourrait être paralysée que par le secours d'une exception.

21. Toute obligation, soit civile, soit prétorienne, peut faire l'objet d'une novation (3). Bien plus, on peut

(1) L. 13, De novat., Dig., 46, 2.
(2) V. Cujas, in libro 60, Digestor., Salvi Juliani, ad leg. 2, § 3.
(3) L. 2, De novat. (D., 46, 2). — Cujas, Paratitla, in Cod., lib. 8, tit. 42.

nover même l'obligation naturelle (1). Nous savons, en effet, que ce qui différencie l'obligation naturelle de l'obligation civile, c'est le refus d'action. Mais, sauf cette dissemblance, elle produit plusieurs effets par suite de circonstances accidentelles. Ses principaux effets sont : le refus de la *condictio indebiti* (2), la *compensation* (3), la possibilité d'un *cautionnement* (4), d'un *gage*, d'une *hypothèque* (5), d'un pacte de *constitut* (6), et enfin d'une *novation* (l. 1, § 1, *de novat.*).

22. Peu importe pour la novation qu'une obligation résulte d'un contrat ou comme d'un contrat, d'un délit ou comme d'un délit, qu'elle ait été formée *re, verbis, litteris* ou *consensu* (7) : elle est, comme le paiément, un mode d'extinction commun à toutes les obligations, tandis que le mutuel dissentiment n'éteint que les obligations consensuelles, et l'acceptilation ne fait disparaître *ipso jure* que les obligations verbales (8).

(1) L. 1, § 1, De novation. (D., 46, 2).
(2) L. 10, De obligat. et act. (D., 44, 7). — L. 16, § 4, De fidej. (D., 46, 1). — L. 13, 19, pr., et 64, De condict. indeb. (D., 12, 6).
(3) L. 6, De compens. (D., 16, 2).
(4) L. 1, 6, § 2, 16, § 3, De fidejuss. (D., 46, 1).
(5) L. 5, pr., et 14, § 1, De pignor. et hyp. (D., 20, 1).
(6) L. 1, § 7, De pec. constit. (D., 13, 5).
(7) L. 2, De novat. (D., 46, 2).
(8) Cependant on peut, au moyen de la stipulation Aquilienne, transformer toute obligation en obligation verbale, et alors l'éteindre

23. Les obligations soumises à des modalités, telles qu'un terme ou une condition, peuvent aussi être novées.

24. Lorsque l'obligation primitive est à terme, elle peut être novée même avant l'arrivée du terme (1), car son existence est certaine quoique l'exigibilité soit retardée. Mais le terme de la première doit-il être sous-entendu dans la seconde ? Les textes qui composent les deux titres, *De novat. et delegat.*, au Digeste et au Code, sont muets sur cette question. Aussi, Doneau en conclut-il que l'obligation qui nove emprunte son terme à celle qui est novée (2). Il cherche, pour le prouver, à tirer un argument par analogie de la loi 12, *De acceptil.*, qui pose en principe que l'acceptilation d'une dette à terme ou conditionnelle ne peut avoir lieu qu'à l'arrivée du terme ou de la condition. Mais, outre que l'acceptilation, étant un acte de générosité de la part du créancier, présuppose le droit d'exiger ce qui est dû, tandis que ce caractère n'est pas inhérent à la novation, on peut dire que la novation est un mode d'extinction plus large, plus général dans son application, ce qui exclut le transport des

par acceptilation (Inst., 4, 29, § 2; l. 4, *De transact.*, D., 2, 15; l. 18, § 1, *De acceptil.*, D., 46, 4). Dans certains cas, l'acceptilation appliquée à une dette non formée *verbis* peut produire une exception *pacti conventi*, suivant l'intention des parties (L. 8, pr., *De acceptil.*, D., 46, 4).

(1) L. 5, l. 8, § 1, De novat. (D., 46, 2).

(2) Doneau, *De jure civili*, lib. 16, cap. 20, §§ 8 et 10, *in fine*.

principes de l'acceptilation en cette matière. En effet, l'acceptilation étant un paiement fictif, n'admettait ni condition, ni terme exprès (l. 4, l. 5, *De acceptil.*, D. 46, 4). Enfin, cette opinion nous semble devoir être combattue par ce motif qu'on ne doit pas facilement supposer une modalité quelconque, terme ou condition, dans une obligation de droit strict : « *In stipulationibus.... raro inesse tempus vel conditionem.... intelligendum est* (1). »

25. Si l'obligation primitive est *conditionnelle*, la novation est encore possible ; mais, comme il y a incertitude sur l'existence même du lien juridique, elle n'aura lieu qu'à l'événement de la condition (2). Alors seulement il sera certain qu'il y a une obligation préexistante, et il pourra être question de novation. Du reste, l'accomplissement de la condition produira le double effet de créer l'obligation première, et de lui faire succéder aussitôt la nouvelle. Il est vrai qu'on aurait pu, de même qu'en droit français (3), faire dépendre de la volonté des parties le point de savoir si elles ont entendu faire une novation pure et simple ou soumise à l'accomplissement de la condition. Mais il semble résulter clairement des lois citées que telle n'était pas l'opinion des jurisconsultes classiques, différente en cela de celle que quelques-uns d'entre eux

(1) L. 126, § 2, in fine, De verb. oblig. (D., 45, 1).
(2) L. 8, § 1, et l. 14, § 2, De novat. (D., 46, 2).
(3) Voir M. Duranton, t. 12, nos 296 et 300. Marcadé sur l'art. 1272.

professaient lorsque la deuxième obligation était conditionnelle (1), en soutenant qu'elle opérait novation immédiatement et malgré la défaillance de la condition.

26. Tout n'est pas dit néanmoins à l'arrivée de la condition de la première obligation. Pour que la novation ait lieu, il faut encore que l'obligation primitive présente au moins les éléments nécessaires à l'existence d'une obligation naturelle. Il faut que le débiteur soit encore capable d'être obligé, et que l'objet de l'obligation n'ait pas péri.

27. *Il faut que le débiteur soit encore capable d'être obligé* (2). En effet, point d'obligation sans sujet, et point de novation sans obligation première à éteindre. C'est ce principe que vient confirmer la loi 14, § 1, *in fine*, *De novat.* Ulpien y rapporte une décision de Marcellus touchant le débiteur déporté *pendente conditione*. Il en résulte que dans cette hypothèse la novation sera impossible alors même que la condition se sera accomplie, vu que la première obligation n'a plus de sujet, et partant, plus d'existence.

28. Il ressort de la loi 14, § 1, que le déporté cesse d'être tenu, même naturellement, des obligations

(1) Notamment, le Proculéien Servius Sulpicius. V. G. 3, § 179. Voir *infra*, page 39.

(2) V. *Grande Glose*, *Accurse*, sur la loi 14, §. 1, *De novat.* Pandectes de Pothier, *De novat.*, n° 3, notes 5 et 6.

contractées par lui avant sa condamnation (1). S'il en était autrement, la novation serait possible dans l'hypothèse de la loi 14, § 1, puisque l'obligation naturelle est susceptible de novation. Mais, libéré de toute obligation, même naturelle, contractée avant sa condampation, il sera tenu *naturellement* de celles contractées après (2), puisque la *media capitis deminutio* encourue par la déportation ne lui a fait perdre que la cité et non la liberté (3). Le résultat consigné dans la loi 14, § 1, se justifie par ce motif que: « *Non est persona quæ obligetur* (4). »

(1) Dans le même sens, loi 47, *De fidej.* (D., 46, 1).

(2) Il peut également s'engager, par un contrat de droit des gens, de la même manière qu'un *peregrinus*.

(3) Inst., livre 1, tit. 16, § 2.

(4) On oppose à cette décision deux textes qui semblent la contredire:

1° La loi 2, § 2, *De capite minutis* (Dig., 4, 5), où l'on voit: « Hi qui capite minuuntur, ex his causis quæ capitis deminutionem « præcesserunt, manent obligati naturaliter. » Mais il suffit de rapprocher le *principium* de cette loi du § 2 pour s'assurer qu'Ulpien ne s'y occupe que de la *minima capit. dem.*, et non de la *media*, comme la loi 14, § 1, *De novat.* On y lit en effet: « Pertinet hoc « edictum ad eas capitis deminutiones quæ salva civitate contingunt; « cæterum sive amissione civitatis, sive libertatis amissione contingat « capitis deminutio, cessabit edictum. » On peut se demander pourquoi la *media* et *a fortiori* la *maxima capitis deminutio* éteignent jusqu'à l'obligation naturelle, tandis que la *minima cap. dem.* la laisse subsister? C'est que les deux premières *capitis deminutiones* entraînaient la confiscation (l. 1, *De bonis damnatorum*, Dig. 48, 20), et qu'il eût été inique de laisser dans les liens d'une obligation, même naturelle, un débiteur privé de ses biens (*exutus bonis*). Les créanciers n'avaient d'ailleurs pas lieu de se plaindre, le fisc devant leur rembourser

29. *Il faut que l'objet de l'obligation n'ait pas péri* PENDENTE CONDITIONE (1). Il ne peut, en effet,

le montant de leurs créances en vertu du principe : « Bona non intel-« liguntur nisi deducto ære alieno. » La *minima cap. dem.* n'entraînait, au contraire, nullement la confiscation, et ceux qui l'avaient encourue (G., com. 1, § 162) n'étant pas *exuti bonis*, on comprend qu'ils continuassent à être tenus naturellement. Plus tard même, le préteur accorda dans ce cas aux créanciers une action utile dont la formule était construite sur l'hypothèse fictive que la *cap. dem.* n'avait pas eu lieu (G., com. 3, § 84. Com. 4, §§ 38 et 80. L. 2, § 1, *De cap. min.*, Dig., 4, 5).

La fin de la loi 2, § 2, *De cap. min.*, présente une autre difficulté. Ulpien suppose que le *capite minutus* a, depuis sa déchéance d'état (la *minima* toujours), contracté une obligation envers un tiers. Celui-ci, dit le texte, n'aura pas d'action contre le promettant : « Imputare quis sibi debebit, cur contraxerit. » Mais comment cela peut-il se concevoir, puisque la *minima cap. dem.* laisse intact le *status* et ne diminue en rien la capacité civile de s'obliger ? Le texte excepte de cette règle l'adrogé qui, sans aucun doute (« *nullus labor* »), peut s'obliger comme un fils de famille. Reste donc à savoir quels sont ceux qui, après leur *minima cap. dem.*, ne peuvent valablement s'obliger. Cujas (V. Pand. de Poth., *De cap. min.*, n° 8, note 2) pense que c'est la femme qui a subi la *conventio in manum*. Mais la femme placée *in manu mariti* devient sa fille, elle est *loco filiæ* (G., com., 1, § 118). Or, pourquoi pourrait-elle moins contracter que toute autre fille de famille ? La loi 9, § 2, *De S.-C. Macedon.* (Dig., 14, 6), n'assimile-t-elle pas d'ailleurs les *filiasfamilias* aux fils de famille ? Nous pensons plutôt que la loi 2, § 2, *in fine*, se référant aux anciens principes qui faisaient passer par le *mancipium* l'émancipé et l'adopté (G., com., 1, §§ 132, 134. — Ulp.

(1) Loi 8, pr. *in fine*, *De peric. et commodo* : « Sicuti stipu-« lationes et legata conditionalia perimuntur, si pendente conditione « res extincta fuerit. » (Dig., 18, 6.) — Dans le même sens, l. 33, 37, *De verb. obligat.* (Dig., 45, 1), et l. 107, *De solut.* (Dig., 46, 3).

exister d'obligation sans objet, et de novation sans une obligation à éteindre. Si toutefois l'objet a péri par la faute du débiteur, l'obligation n'est pas éteinte faute d'objet, les dommages-intérêts ayant pris la place de la chose périe (1).

30. Il peut se faire que l'obligation destinée à nover soit la première en date et celle qui est novée la seconde, c'est-à-dire que l'ordre naturel des obligations soit interverti. Voici le cas (2) : Je fais promettre à Primus ce que je stipulerai de Secundus ; puis je stipule de Secundus. Au moment de sa naissance, l'obligation de Secundus est novée par celle de Primus, si telle a été l'intention des parties (« *Si modo id actum sit ut novetur* »). Car bien qu'elle fût la

Reg., 10, 1. — L. 11, Code, 8, 48), prévoit le cas où le *capite minutus* a contracté étant encore *in mancipio*. Semblable question ne pouvait s'élever au sujet de l'adrogation, pour laquelle la mancipation n'a jamais été employée, et qui avait lieu primitivement *populi auctoritate;* puis par *rescrit impérial* (G., com.. 1, §§ 99, 100.— Inst., 1, 11, § 1. — L. 6, Code, 8, 48).

2° La loi 19, *De duob. reis constit.* (Dig., 45, 2). On y lit . « Si aqua et igni interdictum est alicui » (le déporté lui est assimilé. Inst., 1, 16, § 2), « fidejussor postea ab eo datus tenetur. » Il semble, dit-on, que l'obligation du *capite minutus* existe au moins naturellement, puisqu'elle peut être cautionnée. — Il suffit d'observer, pour toute réfutation, qu'il s'agit dans l'espèce de deux codébiteurs solidaires, dont l'un est *capite minutus* et l'autre reste capable. C'est par ce dernier qu'est fourni le fidéjusseur (V. Pand. de Poth., *De duob. reis const.*, n° 7, note 11).

(1) L. 23 et 82, § 1, De verb. oblig. (Dig., 45, 1); l. 5, De reb. cred. (Dig., 12, 1).

(2) L. 8, § 2, De novat. (46, 2).

seconde en fait, elle était la première dans leur pensée.

31. Mais pour qu'une obligation future fût novée de la sorte, la volonté des contractants devait être certaine. Aussi, pour nous donner un exemple de la vérité de cette idée, Ulpien, rapportant l'opinion de Celsus, nous dit-il qu'il faut se garder de croire à la novation de l'action *judicati* par la caution *judicatum solvi* (1), vu qu'en la fournissant le débiteur n'entend pas se libérer de son obligation future (obéir à la loi de la sentence), mais seulement inspirer de la confiance au créancier par l'adjonction d'un ou plusieurs garants de sa dette.

32. Les droits de créance peuvent seuls être novés. Si la loi 2, *De novat.*, dit : « *Omnes res transire in novationem possunt*, » elle veut parler des obligations dérivant d'une autre source que le contrat, et non des droits réels. Il semble cependant que l'on pouvait par la formule de la stipulation Aquilienne (2) nover le droit réel par un droit personnel (3). Mais ceci peut être entendu en deux sens : soit qu'une obligation ne peut remplacer un droit réel par novation,

(1) Cette caution comprenait trois clauses : 1° *De re judicata*, 2° *De re defendenda* ; 3° *De dolo* (16, *Judic. solvi*, D., 46, 7).

(2) Inst. (3, 29, § 2). — L. 18, De acceptil. (D., 46, 4).

(3) On peut objecter que cette novation ne durait qu'un instant de raison, puisqu'on éteignait aussitôt l'obligation par acceptilation. Mais on répond que souvent la stipulation Aquilienne était destinée à opérer une novation sérieuse, et notamment en matière de transaction (V. l. 2 et l. 9, § 2, *De transact.*, D., 2, 15).

mais qu'elle le peut par aliénation; soit que, toute action aboutissant à une condamnation pécuniaire si le défendeur ne peut ou ne veut restituer l'objet, le demandeur consent à laisser nover l'obligation éventuelle de payer cette somme.

33. Plusieurs obligations peuvent être novées par une seule stipulation. Si en effet je stipule d'un tiers de la sorte : « *Quod Titium et Seium mihi dare oportet, id dari spondes?* » Titius et Seius sont tous deux libérés par novation, et leur double obligation vient converger sur la personne unique de laquelle je stipule. Cette novation a lieu sans qu'on prenne en considération la dissemblance existant dans la cause de chacune des obligations (1). La novation des deux obligations peut exister alors même qu'on se serait servi de la disjonctive *ou* dans le corps de la stipulation. Ainsi: « *Quod Titium aut Seium dare oportet, mihi dari spondes* (2)? » On peut dire ici, empruntant ces expressions à la matière de l'*accroissement*, que ces débiteurs dont on nove la dette, sont, en quelque sorte, *conjuncti verbis*, c'est-à-dire que leur double obligation est comprise dans une seule et même phrase. Mais si cette espèce de conjonction n'existait pas, si l'on avait, par exemple, stipulé de la sorte : « *Quod Titium mihi dare oportet, aut quod Seium mihi dare*

(1) L. 34, § 2, De novat. (46, 2).
(2) L. 32, De novat. (46, 2).

oportet, dari spondes (1)? » la novation des deux obligations ne s'opérait pas de suite ; on n'avait fait que laisser le choix, au tiers dont on avait stipulé, de libérer l'un des deux débiteurs qu'il voudrait. Au reste, ces exemples n'ont rien d'absolu, ni de rigoureux. Avant de formuler une conclusion, il faut consulter, non-seulement la forme de la stipulation, mais aussi l'intention des parties.

§ 2. *De l'obligation qui nove.*

34. Il faut appliquer en grande partie à l'obligation destinée à nover ce que nous avons dit de l'obligation qui doit être novée.

35. En premier lieu, la seconde obligation doit exister au moins comme obligation naturelle, pour que la novation soit possible (2). Et si le § 3, *Quib. modis obl. toll.*, aux Inst., nous dit : « *Licet posterior stipulatio inutilis sit, tamen prima novationis jure tollitur,* » il ne faut pas l'entendre en ce sens que toute obligation nulle *ipso jure* est capable de nover, mais bien que ce pouvoir appartient à une simple obligation naturelle. En effet le texte, après la phrase que nous venons de citer, donne pour exemple le cas du pupille qui s'est obligé sans autorisation du tuteur, et semble

(1) L. 8, § 4, l. 26, De novat. (46, 2).
(2) L. 1, § 1, De novat. (46, 2).

bien l'offrir comme une hypothèse d'obligation naturelle (1).

(1) C'est là une des questions qui présentent le plus matière à controverse. On peut, de part et d'autre, se prévaloir de textes non équivoques que l'esprit semble devoir en vain s'ingénier à concilier.

Pour la négative, on s'appuie sur les deux lois suivantes : *a.* L. 41, *De condict. indebiti* (12, 6) : « *Quod pupillus sine tutoris auctoritate stipulanti promiserit, repetitio est, quia nec natura debet.* » — *b.* L. 59, *De obligat. et act.* (44, 7) : « *Pupillus mutuam pecuniam accipiendo, nequidem jure naturali obligatur.* »

Pour l'affirmative, on invoque une foule de textes qui reconnaissent en ce cas l'existence de l'obligation naturelle : *a.* L. 1, § 1, *De novat.* (46, 2), qui déclare l'obligation du pupille non autorisé suffisante pour opérer novation. *b.* L. 3, § 4, *De neg. gestis* (3, 5), qui permet d'opposer la compensation au pupille qui a géré et qui réclame ses dépenses. Or, comment pourrait-on la lui opposer s'il ne devait au moins naturellement ? *c.* L. 127, *De verb. oblig.* (45, 1), et L. 25, *De fidej.* (46, 1), qui, tout en déclarant le pupille libre de toute obligation, reconnaissent comme valablement tenu le fidéjusseur qu'il a fourni. *d.* L. 95, § 2, *De solut.* (46, 3) : « *In solidum creditum suum ex hereditate retinet.* » *Creditum suum*, c'est donc que le pupille était tenu, quoique non enrichi, car s'il l'avait été, il aurait pu être poursuivi en vertu du rescrit d'Antonin. *e.* L. 25, § 1, *Quando dies legat.* (36, 2). *f.* L. 43, *De oblig. et act.* (44, 7), *a contrario*. *g.* L. 42, pr., *De jurejur.* (12, 2) : « *Hac pactione naturalis obligatio tolletur.* » *h.* L. 21, *Ad legem Falcidiam* (35, 2) : « *Et liberatur naturali obligatione... nihil repetere possit.* » *i.* G., 3, §§ 119-176.

En face de ces autorités si nombreuses et si divergentes, plusieurs conciliations ont été tentées :

1° Le plus grand nombre des textes reconnaît l'existence de l'obligation naturelle du pupille engagé *sine tutoris auctoritate*. Il n'y en a que deux qui la nient. Ces deux lois s'appliquent au cas où le pupille ne s'est pas enrichi, n'a tiré aucun profit de la dette qu'il a contractée. Toutes les autres prévoient l'hypothèse de l'enrichissement du pupille, qui, dans ce cas seulement, est obligé naturellement (Cujas, l. 127, *De verb. obligat.*, t. 1, *Oper. prior.* — L. 25, § 1,

36. Après avoir dit que la novation pouvait résulter de la promesse sur stipulation faite par un pupille non autorisé, le même § 3 ajoute qu'il en serait diffé-

Quando dies legat., *observat.*, lib. 18, t. 3, *Oper. prior.* — L. 21, *Ad leg. Falcid.*, lib. 12, *Quæstionum Pauli.* — Idem, Pothier, *Pand.*, *De oblig. et act.* (44, 7), nº 17, *Scholium*). — Ce système est inadmissible pour deux motifs. *a*. Il est d'abord en opposition avec le rescrit d'Antonin le Pieux (V. l. 3. pr., *Commodati vel contra*, D., 13, 6; l. 5, pr., et § 1, *De auct. et cons.*, 26, 8; l. 66, *De solut.* ; 46, 3), qui, dans le cas d'enrichissement du pupille, donne contre lui une action utile, ce qui est bien autre chose que la reconnaissance de son obligation naturelle. Les textes dans lesquels il est question d'obligation naturelle ne peuvent donc prévoir que le cas où le rescrit ne s'applique pas, savoir, celui de non-enrichissement. C'est en vain que Cujas, pour écarter cette objection, suppose que ces textes raisonnent en vue de la législation antérieure au rescrit d'Antonin, car les jurisconsultes dont ils sont l'œuvre (Papinien, Paul, Ulpien, Pomponius, Gaius) écrivaient sous les règnes de Marc-Aurèle et d'Alexandre-Sévère (161-228 après J.-C.), et par conséquent après Antonin (138-161 après J.-C.). — *b*. Il ne peut s'accorder avec les lois 25, § 1, *Quando dies legat.* (36, 2), et 95, § 2, *De solut.* (46, 3), qui toutes deux montrent le pupille comme obligé naturellement, quoique non enrichi. Cujas a bien essayé de dénaturer le sens de ces lois en supprimant la négation *nec* dans la loi 25, § 1, et en remplaçant les mots *in solidum* par ceux *in solutum* dans la loi 95, § 2. Mais rien n'autorise cette dernière correction, vu que les meilleurs manuscrits reproduisent cette leçon, qui, du reste, est traduite du latin par les Basiliques (τὸ πᾶν). Quant au manuscrit de Florence, sur lequel Cujas se fonde pour remplacer le mot *nec* par *et*, on peut dire que le mot *nec* s'y trouve bien, quoique contracté, et que d'ailleurs la leçon de la Vulgate a son équivalent dans les Basiliques.

2º Il naît bien une obligation naturelle de l'engagement du pupille non autorisé, mais une obligation naturelle imparfaite, produisant ses effets vis-à-vis de tous, excepté du pupille. S'agit-il de l'opposer à ce dernier? Elle est de nul effet. Aussi pourra-t-il répéter ce qu'il a payé (l. 41, *De condict. ind.*, 12, 6; l. 59, *De oblig. et act.*,

remment de celle faite par un esclave (*idem*, G. 3, § 176, *in fine*). De sorte que dans ce cas le débiteur reste tenu et l'esclave ne l'est pas. En un mot, l'opé-

44, 7). Faut-il l'opposer aux tiers? C'est l'obligation naturelle avec toutes ses conséquences : la validité des garanties accessoires (l. 127, *De verb. oblig.*, 45, 1, l. 25, *De fidej.*, 46, 1), la possibilité d'une novation (l. 1, § 1, *De novat.*, 46, 2). (M. Ducaurroy, n° 1116, note *a*.)— Ce système pèche par la base, car il faut admettre avec lui qu'on peut cautionner ou nover une obligation qui n'a pas d'existence, ce qui est insoutenable. Comment, d'ailleurs, le concilier avec les lois 21, *Ad legem Falcid.* (35, 2) et 3, § 4, *De negot. gestis* (3, 5)? La première, qui, reconnaissant l'obligation naturelle du pupille non autorisé, ne craint pas de la lui opposer en lui refusant la *condictio indebiti* (*nihil repetere possit*). La seconde, qui permet de lui opposer la compensation lorsqu'il intentera l'action *negotiorum gestorum contraria* (*ejus quod gessit*). Il est vrai que M. Ducaurroy ajoute à ces mots ceux-ci : « *Quatenus locupletior factus est.* » Mais rien ne semble autoriser à faire cette addition.

3° Il existe de la naissance à la puberté, fixée à douze et quatorze ans dans le dernier état du droit romain (Inst., 1, 22, pr. — Code, *Quando tutores*, 5, 60, 3), trois périodes distinctes avec lesquelles varie la capacité du pupille. Ce dernier est, en effet : 1° *infans*; 2° *infantiæ proximus*; 3° *pubertati proximus*. Nous n'avons pas ici à discuter le sens légal de ces expressions et les difficultés qui s'élèvent à ce sujet (V. MM. Ducaurroy, n°s 995, 996. — Ortolan, t. 1, p. 185 et suiv. — Savigny, t. 3, § 107). Qu'il nous suffise de savoir que les uns, expliquant l'expression *infans* selon son étymologie, l'appliquent à l'enfant *qui ne peut parler*, et marquent le terme de chacune des deux autres périodes à 7 ou à 14 ans. Les autres font aller l'*infantia* jusqu'à 7 ans, et comprennent les deux époques suivantes entre 7 et 14 ans, sans leur tracer de limite certaine, et en en faisant une question de fait dont le juge sera appréciateur. En laissant de côté cette controverse, ce troisième système applique au *pubertati proximus* (comme ayant l'intelligence plus développée) tous les textes qui reconnaissent l'obligation naturelle, et à l'*infantiæ proximus* ceux qui la nient (Doneau, lib. 5, cap. 11). — Cette explication doit être également repoussée, les textes ne faisant cette

ration est non avenue. Cependant l'esclave peut s'obliger naturellement, comme le pupille (l. 14, *De oblig. et act.*, D. 44, 7; l. 83, *De solut.*, D. 46, 3; l. 13 et 64, *De cond. indeb.*, D. 12, 6. Cujas, *Observat.*,

distinction qu'à propos des délits ou du dol (l. 5, § 2, *Ad leg. Aquil.*, 9, 2; l. 23, *De furtis*, 47, 2), et la rejetant au point de vue des contrats (Inst., 3, 19, § 10). Seulement, il faut toujours, bien entendu, que le pupille, pour être obligé naturellement, ait *aliquem intellectum*, ce qui peut se rencontrer même chez un *infantiæ proximus*.

4° Le pupille qui a contracté *sine tutoris auctoritate* s'oblige naturellement *en tous cas*. Si les deux textes opposés permettent la répétition de sa part, c'est parce qu'il a payé sans se faire autoriser par son tuteur, et non parce qu'il n'y a pas obligation naturelle (*Vangerow*, t 1, § 279). — Ce système ne peut se soutenir sérieusement, car, d'une part, la l. 41, *De cond. indeb.*, exclut la répétition *quia nec natura debet*, et de l'autre, la l. 59, *De oblig. et oblig.*, suppose un *mutuum* reçu par le pupille, sans s'occuper d'un paiement fait par lui.

5° Nous pensons qu'en face des lois si contradictoires qui autorisent la divergence d'opinions en cette matière, il vaut mieux dire que la conciliation des textes est impossible. Il faut reconnaître que les jurisconsultes étaient partagés sur cette question, et les compilateurs du Digeste ont laissé maladroitement subsister des traces des deux opinions. Cependant la majorité des auteurs reconnaissaient l'existence d'une obligation naturelle, et s'il y avait rigueur à frapper ainsi l'impubère, il ne faut pas oublier qu'il pouvait avoir recours, comme le mineur de 25 ans, à la *restitutio in integrum ob ætatem* que le préteur était libre d'admettre *causa cognita* (De Savigny, *obligationen Recht*, t. 1, § 10, n° 5). Nous pouvons enfin ajouter que le désaccord des lois que nous avons citées semblerait prouver l'extension de plus en plus favorable donnée au rescrit d'Antonin le Pieux. Celui-ci accordait une action civile contre le pupille enrichi; la jurisprudence tendit dès lors à l'obliger *naturellement* lorsqu'il ne serait pas enrichi. Ce progrès, qui ne se fit pas sans contestation, est attesté par toutes les lois qui veulent que le pupille soit tenu naturellement.

8, 11); sa promesse peut être garantie par un fidéjusseur (Inst., 3, 20, § 1, G. 3; § 119; l. 56, § 1, *De fidejuss.*, D. 46-1); il peut être libéré par acceptilation (l. 8, § 4, *De acceptil.*, D. 46, 4) (1). L'obligation naturelle de l'esclave étant admise, comment expliquer qu'elle ne puisse nover, remplacer une obligation primitive, lorsque la loi 1, § 1, *in fine*, *De novat.* (46, 2), est si positive à cet égard, et que la novation est permise à l'obligation naturelle du pupille non autorisé?

37. L'explication généralement reçue est la suivante (2) : L'esclave, à la différence du pupille non autorisé, n'a aucune capacité civile (3). On lui permet cependant d'emprunter la capacité juridique de son maître, de stipuler *ex persona domini* (4). Quant à promettre, à rendre son maître débiteur, l'esclave ne le peut (5), et toute stipulation ayant ce but serait inutile (6). L'esclave ne peut s'engager et se porter *ex-*

(1) Bien plus, on a fini par admettre que l'esclave peut obliger son maître dans certains cas et certaines limites. Les tiers auront, suivant les circonstances, les actions « *Quod jussu*, *Institoria*, *Tributoria*, *De peculio*, *De in rem verso*, » même la *condictio* (Inst., 4, 7. — G., 4, §§ 70 à 75).

(2) MM. Ducaurroy, Ortolan, Étienne (Inst., 3, 29, § 3).

(3) L. 32, De reg. juris (D., 50, 17).

(4) Inst., 3, 17, § 1.

(5) Sauf les principes introduits plus tard par le droit honoraire (Inst., 4, 7).

(6) Inst., 3, 19, § 6. — G., 3, § 104. — « Quand un esclave promet, il n'y a pas de promettant, » dit Théophile.

promissor, alors même qu'il aurait un pécule, à moins que ce ne soit dans l'intérêt même de son pécule, par exemple pour l'un de ses créanciers, *ex peculiari causa*. Dans ce cas, le débiteur pour lequel l'esclave sera obligé jouira de l'exception de pacte, en vertu du droit prétorien, contre l'action du créancier (1). S'il suffit d'une obligation naturelle pour nover, elle doit de plus être accompagnée d'une stipulation valable en la forme; or, l'esclave n'ayant pas capacité, d'après le droit civil, pour figurer comme promettant dans la stipulation, le contrat d'où devrait résulter la novation n'est pas valable en la forme (2). Il en est autrement du pupille non autorisé, car il est citoyen romain, il a une capacité juridique propre, qu'il n'emprunte à personne; il peut stipuler ou promettre par stipulation, sauf les règles particulières sur la manière dont il sera obligé (3).

38. L'explication que nous venons d'exposer a été critiquée comme n'étant pas de tous points satisfaisante. Car, dit-on, si l'esclave n'a pas de capacité

(1) L. 30, § 1, De pactis (D., 2, 14).

(2) Gaius dit (3, § 179) qu'il en serait dans ce cas comme de la novation, qu'on voudrait opérer avec un pérégrin en employant la formule *spondesne? spondeo*, exclusivement réservée aux citoyens romains. C'est donc bien par défaut de forme que la promesse de l'esclave est impuissante à opérer novation.

(3) Servius Sulpicius admettait comme valable la novation faite par un esclave. Mais Gaius (3, § 179) le contredit et se range de l'avis contraire (*alio jure utimur*).

civile, il en a une naturelle qui lui permet d'obliger et de s'obliger (1). Or, la stipulation est du droit des gens, sauf la formule : *Spondesne ? spondeo* (2). Qu'est-ce qui lui défendrait de s'obliger naturellement en opérant novation par une des formules : *Dabo, promitto*, tout comme il s'obligerait par un contrat, tel qu'un *mutuum*, un dépôt, etc. ? La raison d'exclusion n'apparaît pas bien nettement, à moins qu'on ne dise que les jurisconsultes romains ont bien reconnu l'obligation naturelle de l'esclave s'engageant pour ses propres affaires, mais l'ont rejetée chaque fois que l'esclave s'obligeait pour les autres et venait se mêler à leurs affaires par des novations (3). Nous maintiendrons néanmoins la première explication. En effet, il s'agit d'examiner si, *au point de vue du droit civil*, et non du droit prétorien, l'esclave a pu promettre valablement. Or, aucun texte ne prouve que l'esclave ait la même capacité que le pérégrin. Au contraire, la règle pour lui est l'incapacité. Il peut bien s'obliger naturellement; mais il ne faut pas conclure de là qu'il puisse s'obliger civilement par les formules du droit des gens. S'il peut s'engager, au point de vue du droit

(1) L. 14, De oblig. et act. (D., 44, 7).

(2) Conférer *Pauli sentent.*, 2, 3, et G., 3, § 93.

(3) Il ne nous semble nullement établi que l'esclave fût incapable de s'obliger naturellement en se portant *intercessor*. Les textes se bornent à dire que dans ce cas le maître n'est pas tenu *de peculio* (l. 3, § 5; l. 47, § 1, *De peculio*, D., 15, 1; l. 19, *De fidej.*, D., 46, 1).

prétorien, relativement à son pécule, il ne s'ensuit pas qu'il ait la capacité de faire un acte valable en la forme aux yeux du droit civil. Or, nous le répétons, l'existence d'une novation est une question de droit civil, puisqu'elle n'opère que *ipso jure*.

39. L'obligation qui nove peut être pure et simple ou *à terme*. Dans ce dernier cas la novation aura lieu immédiatement (1). Mais le créancier ne pourra agir avant l'arrivée du terme (2).

40. Si la seconde obligation est *conditionnelle* (3), la novation reste en suspens et n'a lieu qu'à l'arrivée de la condition. Mais celle-ci fait-elle défaut? il n'y a rien de fait; la première obligation subsiste (4). Car, disaient les jurisconsultes, il est de l'essence de la novation, ainsi qu'il résulte de sa définition, qu'il y ait une obligation nouvelle; or, si la condition vient à défaillir, il n'y aura pas eu d'obligation. Ce raisonne-

(1) « *Qui in diem stipulatur statim novat*... cum certum sit, diem quandoque venturum. » (L. 8, § 1, *De novat.*, 46, 2.)

(2) « Non statim ex ea stipulatione agi potest, antequam dies venerit. » (L. 5, De novat.)

(3) En entendant le mot *condition* dans son vrai sens, savoir un événement futur et incertain. Mais si ce que les parties appellent condition devait certainement se réaliser tôt ou tard, la stipulation serait pure et simple (l. 9, § 1, *De novat.*, 46, 2). Il en serait de même de la condition physiquement impossible conçue sous forme négative : « *Si digito cœlum non attigerit;* » « *Si in cœlum non ascenderit.* » (Inst., 3, 19, § 11; l. 7, *De verb. oblig.*, D., 45, 1.)

(4) « Non statim fit novatio, sed tunc demum cum conditio extiterit. » (L. 14, pr.; l. 8, § 1, De novat.)

ment, conforme aux principes rigoureux, contrariait souvent l'intention des parties qui, en opérant novation conditionnelle, ont voulu faire quelque chose de nouveau. Supposons, en effet, que Stichus soit *dû pure;* les parties, voulant faire novation, conviennent qu'il ne sera plus dû que sous condition. Avec la décision des *Institutes* et des lois 8, § 1 et 14, *De novat.* (D. 46, 2), quoi qu'il arrive, Stichus sera toujours dû. — La condition se réalise-t-elle? Stichus sera dû en vertu de la seconde obligation. Fait-elle défaut? il sera dû en vertu de la première. Cependant les parties, en ajoutant la condition, ont dû vouloir s'exposer à quelque chance nouvelle.

41. Aussi la solution de cette question a-t-elle donné lieu à deux autres opinions :

1° Servius Sulpicius pensait que la première obligation était *immédiatement* novée par la seconde obligation conditionnelle. Les parties, selon lui, avaient voulu faire un contrat aléatoire; et Stichus était ou non dû, selon l'arrivée ou la défaillance de la condition. Cet avis n'avait pas prévalu (1).

2° Gaius, tout en reconnaissant la rigueur des principes, la corrigeait par l'équité. Il est vrai, dit-il, si la condition fait défaut, que la première obligation subsiste *ipso jure*; mais ne conviendrait-il pas (« *Sed... videamus num...* ») dans ce cas, de repous-

(1) G., 3, § 179.

ser le créancier par l'exception *doli mali* ou *pacti conventi?* car, ajoute-t-il, les parties semblent avoir entendu que la chose ne serait demandée que si la condition apposée à la seconde stipulation s'accomplissait. Il est vrai que le même jurisconsulte refuse dans un autre texte (1) l'exception; mais l'hypothèse est différente; la stipulation conditionnelle étant faite d'un autre débiteur (2). Il en serait encore ainsi si le créancier ou l'objet de la dette n'était plus le même; car l'un des éléments de l'obligation étant changé, le pacte de remise doit être plus difficilement présumé. Dans ces cas il sera évident que les parties n'ont entendu éteindre la première obligation qu'en vue de la seconde.

42. Que la deuxième obligation conditionnelle opère ou non novation, elle a pour effet de purger la demeure du débiteur originaire (3); car en se contentant d'une nouvelle promesse, le créancier qui pouvait exiger son remboursement et qui ne le fait pas, est censé faire remise de la demeure au débiteur. Il existe cependant des textes qui semblent contredire cette proposition (4).

(1) L. 30, § 2, De pactis (D., 2, 14).

(2) Toutefois, le débiteur primitif ne reste pas débiteur pur et simple, puisqu'on est incertain sur la question de savoir par qui la chose sera due. Il ne devra que pour le cas où la condition de la nouvelle dette ne s'accomplirait pas (l. 36, *De reb. cred.*, D., 12, 1).

(3) L. 14; De novat. (D., 46, 2). L. 72, § 1, De solut. (D., 46, 3).

(4) L. 31, pr., De novat. (D., 46, 2). L. 56, § 8, De verb. oblig. (D. 45, 1).

43. La condition de la seconde obligation étant accomplie, il faut encore, pour que la novation s'opère, que l'objet n'ait pas péri avant l'arrivée de la condition (1), ou que le promettant soit encore capable d'être obligé (2). Point d'obligation, en effet, sans objet ou sans sujet passif.

44. Mais supposons le débiteur mort après la stipulation et avant l'accomplissement de la condition. La novation peut avoir lieu quand même la condition arriverait avant l'adition de l'hérédité (3). En effet, le patrimoine n'est jamais sans représentant, et la succession vacante soutient en principe la personne du défunt (4). Cette règle est cependant contredite par deux textes : la loi 24, *De novat.* (46, 2) *in fine*, qui dit que l'hérédité « *sustinet personam heredis,* » et la loi 54, *De adq. vel omitt. hered.* (29, 2), qui, en accordant un effet rétroactif à l'adition de l'héritier, semble prouver que l'hérédité n'a jamais représenté la personne du défunt.

45. On peut écarter le premier de ces textes, en y faisant une correction autorisée par la Vulgate. En effet, on y voit le mot *ejus* placé entre les mots « *here-*

(1) L. 14, pr., De novat. (D., 46, 2).
(2) Loi 14, § 1, De novat.
(3) L. 24, De novat. (D., 46, 2, par analogie).
(4) Inst., § 2, De hered., instit. (2, 14) : principium de stipul. serv. (3, 17); l. 34, De adq. rer. dom. (41, 1); l. 34, § 1, De hered. inst. (D., 28, 5); l. 116, § 3, De legat. 1° (D., 30, 1).

dem » et « *cujus* », ce qui met la loi 24 en harmonie avec les autres textes (1).

Quant à la loi 54, toute correction est impossible. Comment dès lors la concilier avec les décisions qui lui sont opposées?

1[re] explication. La contradiction des textes prouve une divergence d'opinions entre les jurisconsultes. Cette manière trop commode de trancher la difficulté doit être rejetée.

2[e] explication. La règle : « *Hereditas jacens personam defuncti sustinet* » admet des restrictions, ainsi que le prouve le *principium* (3, 17) des Institutes (*in plerisque*). Elle s'appliquait aux actes pour lesquels il fallait une capacité d'acquérir non équivoque (ainsi, l'institution d'héritier, la stipulation) au moment de l'acquisition. Pour ces actes il fallait attribuer à l'esclave la capacité d'une personne connue, c'est-à-dire du défunt. Elle était sans application pour les autres actes, tels que la tradition et les contrats de bonne foi. On fit plus tard rentrer la stipulation dans les actes de la seconde classe, de sorte que la règle ne s'appliqua plus qu'aux institutions d'héritier. — Ce système, s'il était admis, rendrait la règle presque sans utilité.

3[e] explication. Il faut comparer la loi 54 avec le

(1) Voici la phrase corrigée. « Stipulatio transit ad heredem *ejus cujus* personam interim hereditas sustinet. »

princip. de stipul. serv., aux Institutes (3 17), et la loi 116, § 3, *De legat.* 1° (D. 30, 1). Le premier de ces textes, tout en posant la règle, « *Hereditas personæ defuncti vicem sustinet,* » ajoute « *in plerisque.* » Ce qui paraît bien indiquer des dérogations à ce principe. — Or, le cas où l'on fait exception à la règle est celui où *l'esclave héréditaire stipule pour son maître futur.* Pour ne pas priver l'héritier du bénéfice de cette stipulation, on admettait le principe de rétroactivité de l'adition. C'est l'hypothèse de la loi 54. Hors ce cas, la règle reste vraie et applicable. Ce qui le prouve, c'est que la loi 116, § 3, *De legat.* 1°, qui pose le vrai principe, « *Hereditas personæ defuncti vice fungitur,* » est du même Florentinus qui, dans la loi 54, admet l'effet rétroactif de l'adition. Les compilateurs du Digeste ont présenté par inadvertance, dans la loi 54, comme règle générale, ce qui ne s'appliquait qu'à une hypothèse particulière (1).

46. En supposant la seconde dette valable, au moins naturellement, il faut encore qu'elle diffère de la première qu'elle renferme *quid novi* (2). Ce nouveau peut porter sur plusieurs points (3).

(1) La question de savoir si l'esclave héréditaire tirerait sa capacité juridique du défunt ou de l'héritier futur n'était posée que pour la stipulation; elle était même controversée entre les Sabiniens et les Proculéiens (V. l. 28, § 4, *De stip. serv.*, D., 45, 3), et c'est à l'opinion des premiers que se range Florentinus dans la loi 54, *De adq. vel omitt. hered.* (29, 2).

(2) G., 3, § 177; Inst. 3, 29, § 3.

(3) V. page 13.

§ 3. *De l'intention de nover.*

47. Aux conditions dont il a été question jusqu'ici, il faut ajouter l'*intention* pour que la novation soit possible. Mais, pour bien se pénétrer de l'esprit de cette nouvelle condition, il faut l'examiner sous les deux législations qui l'ont régie : avant et depuis Justinien.

A. *Avant Justinien.*

48. La nécessité de l'*animus novandi* est attestée par une foule de textes (1), dans le droit classique romain. Mais l'intention de nover n'avait pas besoin d'être formellement exprimée par les parties. L'interprétation de leurs volontés était abandonnée à l'appréciation du juge et dépendait des circonstances de la cause.

49. Il pouvait, en effet, arriver que la seconde stipulation fût faite dans un tout autre but que celui de nover.

Ainsi :

1° Afin de créer une autre obligation principale, complétement indépendante de la première (2).

2° Afin de fixer à l'avance les dommages-intérêts

(1) V. notamment l. 2, l. 6, pr.; l. 8, §§ 2 et 5; l. 28, l. 29, l. 32, *De novat.* (D., 46, 2).

(2) L. 28, *De novat.* (D., 46, 2). On suppose dans ce texte, qu'a-

en cas d'inexécution de l'obligation. C'est le cas de la *clause pénale*, utile surtout dans les contrats de droit strict, où l'on n'admettait pas le ***jusjurandum in litem*** (1), et dans toutes les obligations de faire, où elle évitait les difficultés de calcul et d'expertise (2). La clause pénale constituant une dette conditionnelle, c'est-à-dire subordonnée à l'inaccomplissement de l'obligation, et n'opérant pas novation (3), puisqu'elle n'a pour but que d'exciter au paiement, il s'en-

près avoir stipulé un fonds, j'en stipule l'estimation; il y a plus tard contestation sur ces stipulations. Pour la première, on estimera le fonds d'après sa valeur au moment de la *litis contestatio*. Pour la seconde, d'après sa valeur, au moment même de la promesse. La loi 3, *De condict. tritic.* (D., 13, 3) apporte, il est vrai, une décision opposée (*condemnationis tempus*). Mais on peut, avec M. Savigny (tom. 6, p. 221 et suiv.), interpréter le sens du mot « *condemnatio* » en l'appliquant à l'une des quatre parties principales de la formule, celle dans laquelle le préteur donne au juge les instructions nécessaires pour la condamnation ou l'absolution. Or, le *condemnationis tempus* n'est autre que l'époque de la *litis contestatio*, puisque la rédaction de la formule et la *litis contestatio* sont des faits simultanés. On pourrait objecter que la loi 4, *De condict. tritic.*, fixe l'époque de l'estimation à la *litis contest.* (*cum judicium acciperetur*), ce qui semble pouvoir servir à corriger la loi précédente indépendamment de l'explication de M. de Savigny. Mais cette objection est sans valeur, les espèces des deux lois étant différentes. Car il s'agit de *corps certains* dans la loi 3 et de quantités dans la loi 4. — Chaque fois que l'action était de bonne foi, l'objet demandé était estimé d'après sa valeur au moment de la sentence.

(1) L. 6, De in lit. jur. (D., 12, 3); l. 3, De reb. cred. (Cod., 4, 1).

(2) Instit., De verb. oblig., § 7 (3, 15).

(3) Il est évident qu'il pourrait en être autrement si telle avait été l'intention des parties (71, *Pro socio*, D., 17, 2).

suit que la condition une fois accomplie, le stipulant sera libre de poursuivre son débiteur en vertu de la première obligation ou de la clause pénale (1). Il ne

(1) L. 28, *De act. empt.* (D., 19, 1); l. 71, *Pro socio* (D., 17, 2). Le jurisconsulte Paul, auteur de la loi 71, *Pro socio*, semble admettre cependant une solution opposée dans la loi 44, § 6, *De oblig. et act.* (D., 44, 7). Il s'y agit de la stipulation d'un *facere*, dont la clause pénale opérerait une *quasi-novation* : plusieurs explications ont été données pour résoudre cette difficulté :

1° Dans la loi 71, *Pro socio*, les parties n'ont pas eu l'intention de *nover*; au contraire, c'est cette pensée qui les aurait guidées dans la loi 44, § 6, *De oblig. et act.* (Poth., *Pand.*, *De novat.*, n° 21). Rien ne prouve dans ces lois cette différence d'intention.

2° L'ancien droit civil ne voulait rien abandonner à l'arbitrage du juge dans la stipulation. Tout devait se régler d'après le sens des paroles prononcées, et la stipulation devait avoir pour objet une chose certaine, déterminée ; car, étant *stricti juris*, le juge n'aurait pas pu déférer le *jusjurandum in litem* au stipulant pour avoir un élément de preuves du dommage éprouvé en cas d'inexécution. Aussi la stipulation d'un *incertum* (d'un *facere*, par exemple) était-elle nulle dans le principe, à moins que le demandeur n'eût eu le soin d'y ajouter une clause pénale (l. 68, *De verb. oblig.* D. 45, 1). La clause pénale avait donc pour effet de rendre valable la stipulation d'un *facere* qui sans cela eût été inutile. Voilà pourquoi la loi 44, § 6, *De oblig. et act.*, décide qu'il n'y a qu'une obligation dans ce cas, la clause pénale renfermant *quasi novatione* (car il n'y a pas de novation proprement dite), l'obligation principale nulle *jure civili*. Mais, tout ceci cesse d'être vrai sous Justinien, où la *condictio incerti* est admise depuis longtemps, sous lequel la novation ne se présume plus, et qui reconnaît dans ses Institutes même (3, 15, § 7) comme valable la stipulation d'un *facere*, en conseillant seulement aux parties d'y ajouter une peine. Aussi la présence de la loi 44, § 6, *De oblig. et act.* dans le Digeste ne peut-elle s'expliquer que par une inadvertance de ses compilateurs, qui y auront laissé inconsidérément introduire la trace d'une législation abrogée (Molitor, n°s 151, 170, 1040).

3° Le mot *quasi-novation* est employé dans la loi 44, § 6, *De*

pourra toutefois élever ces deux prétentions à la fois, et sera repoussé par l'exception de dol, après avoir fait valoir l'un de ces droits, à moins de convention contraire (l. 115, § 2, *De verb. oblig.*, *D.*, 45, 1.; l. 4, § 7, De *except. doli*, D., 44-4; l. 28, *De act. empt. D.*, 19, 1).

3° Afin de consolider l'ancienne obligation. Ainsi, un esclave chargé de gérer (*actor vel dispensator*) les affaires d'un absent, prête de l'argent aux esclaves, intendants d'un pupille; le tuteur confirme cet emprunt, en se portant *adpromissor*, en promettant par stipulation que l'argent sera rendu (1). On pourrait dire que l'obligation du tuteur nove celle contractée par l'esclave. Mais le texte repousse cette décision et donne l'action *de in rem verso* contre le pupille (2), aussi bien que celle *ex stipulatu* contre le tuteur (3). Tel est encore le cas de la loi 8, § 5, *De novat.* (D. 46, 2).

4° Afin d'adjoindre à l'ancien débiteur un *fidejussor indemnitatis* (4). Les commentateurs appellent

oblig. et act., en ce sens, que la peine et l'objet du premier contrat ne peuvent être demandés à la fois (Voët, *Pand.*, *De nov.*, n° 4). Ce système nous semble le plus raisonnable; nous le préférons de beaucoup au précédent, qui suppose arbitrairement la nullité des obligations de faire dans l'ancien droit romain.

(1) L. 20, § 1, De in rem verso (D., 15, 3).

(2) Id., l. 3, Quand. ex fact. tut. (Code 5, 39).

(3) Cujas, in lib. 1, Responsor, Scævolæ (t. 3, *Oper. postumor.*).

(4) L. 6, pr. De novat. (D. 46, 2).

ainsi un tiers qui promettait au créancier ce qu'il ne pourrait obtenir du débiteur : « *Quanto minus a debitore consequi poterit* (1). » Son obligation est conditionnelle. Le *fidejussor indemnitatis* différait des autres en ce que :

1° Le créancier devait d'abord discuter le débiteur (2), à l'époque même où le bénéfice de discussion n'avait pas encore été introduit par Justinien (3); — 2° le *fidejussor* n'était pas libéré par la poursuite du débiteur, contrairement à ce qui avait lieu en cette matière (4), parce que son obligation ne naissait que lorsque le débiteur poursuivi ne payait pas ; — 3° le

(1) Dans tous les cas que nous venons de citer, sauf le premier, dans lesquels la seconde stipulation a eu lieu dans une autre pensée que la novation, le créancier pourra poursuivre, par une double action, ce qui lui est dû, puisque deux obligations coexistent; mais il ne pourra jamais obtenir qu'une seule fois la chose promise (l. 18, *De verb. oblig.*, D. 45, 1; l. 57, *De reg. juris*, D. 50, 17). S'il en est autrement dans la loi 28, *De novat.*, c'est que la chose stipulée en vertu des deux obligations n'est pas la même. Autre chose, en effet, est un fonds, et son estimation.

(2) L. 116, *De verb. oblig.* (D., 45, 1); l. 21, *De solut.* (D., 46, 3). Ce point peut néanmoins fournir matière à controverse. La loi 42, pr. *De reb. cred.* (D., 12, 1) traite en effet comme valable la poursuite de ce fidéjusseur avant le débiteur. Il faut supposer que le créancier rapporte auparavant une preuve de l'insolvabilité du promettant (telle qu'un inventaire), car on peut discuter son débiteur autrement qu'en justice, par tout moyen qui peut faire connaître ses facultés. Le fidéjusseur ne déboursera, dans ce cas, que ce que le créancier aura prouvé ne pouvoir obtenir du débiteur (Cujas, tom. 1, *Oper. prior.*, sur la loi 116, *De verb. oblig.*).

(3) Novelle 4, cap., 1.

(4) Code (8, 41, 28); l. 116, De verb. oblig. (D., 45, 1).

paiement effectué par le débiteur ne le libérait pas, mais empêchait sa dette de naître.

50. Les textes posent encore d'autres présomptions relatives à l'intention des parties. Ainsi, la novation ne doit pas être présumée, lorsque ayant prêté de l'argent à un tiers, je stipule de lui la même somme (« *unus contractus est* »), pas plus que lorsque ayant stipulé une somme de quelqu'un, je fais suivre cette stipulation de la numération des espèces (*stipulationis implendæ gratia numeratio intelligenda est fieri*) (1). On écarte également la présomption de novation dans le cas de la stipulation *judicatum solvi* succédant à l'action *judicati* (2). Son but est de garantir la dette par l'accession de fidéjusseurs.

51. Les jurisconsultes recherchent aussi l'intention des contractants dans les deux stipulations suivantes : « Promettez-vous ce que Titius OU Seius me « doit (3), » « ou bien : ce que Titius ET Seius me doi- « vent (4). » Après s'être demandé si chacun des deux anciens débiteurs est libéré par novation, ou si l'extinction de leur obligation est laissée au choix du promettant, ils décident que tout dépend de la volonté des parties.

52. Nous avons énuméré jusqu'ici des cas où, dans

(1) L. 6, § 1 ; l. 7, De novat. (D., 46, 2).
(2) L. 8, § 3, De novat. (D., 46, 2).
(3) L. 8, § 4, l. 32, De novat. (D. 46, 2).
(4) L. 34, § 2, De novat. (D., 46, 2).

le doute, la présomption de novation est repoussée; il y en a, au contraire, où l'intention de nover est reconnue en fait; ainsi :

1° Lorsque ayant donné à quelqu'un mandat de gérer mes affaires, je stipule qu'il gardera, à titre d'emprunt, la somme qu'il a recueillie en mon nom, et qu'il devait me restituer. Ici l'obligation *ex mandato* est remplacée par celle *ex mutuo* (1).

2° Lorsque ayant déposé une somme chez un banquier, je stipule des intérêts; le dépôt est changé en *mutuum*, et le privilége qui y était attaché se trouve éteint (2).

3° Lorsque ayant loué une chose, je conviens de la détenir à titre de précaire, ou réciproquement (3).

53. En résumé, dans le droit antérieur à Justinien, l'*animus novandi* se déduisait de probabilités, de présomptions tirées des circonstances. Cette matière était abandonnée à l'arbitraire, et souvent l'intention des parties était faussée ; de plus, c'était là la source d'une foule de litiges et de contestations (4).

B. *Après Justinien.*

54. Voulant couper court à toutes ces difficultés,

(1) L. 15, in fine, De reb. cred. (D. 12, 1) V. en sens contraire la loi 34, *Mandati* (17, 1).

(2) L. 7, § 2, Depositi vel contra (D., 16, 3.)

(3) L. 10, pr., De adq. vel amitt. poss. (D., 41, 2).

(4) Doneau, De jur. civ. (16, 20, 24).

Justinien, dans une constitution célèbre (1), posa de nouvelles règles sur l'*animus novandi*. Mais, si son but est clair : « *Veteris juris ambiguitates resecare*, » il n'en est pas de même du sens précis de sa réforme.

55. Plusieurs systèmes ont été proposés pour expliquer au juste la portée et l'étendue de la Const. 8, au Code *De novat.* (8, 42).

Premier système. L'*animus novandi* n'était jamais exigé dans l'ancien droit romain ; dès qu'il y avait une nouvelle promesse portant sur le même objet, la première obligation se trouvait éteinte *ipso jure*. La Const. 8, au Code, a changé cet état de choses, en exigeant l'*animus novandi;* mais elle permet de le déduire des circonstances et des faits de la cause. Il est vrai que plusieurs textes, tous de jurisconsultes classiques, bien antérieurs à Justinien, mentionnent l'intention de nover comme nécessaire : « *Si hoc agatur ut novetur,* » « *si modo id actum sit ut novetur* » (2) ; mais ces expressions sont autant d'interpolations de Tribonien, désireux de mettre les textes du Digeste en harmonie avec la constitution de Justinien. — Le texte des Institutes (3, 29, § 3) peut victorieusement servir à réfuter ce système. Il y est dit, en effet, que l'*animus novandi* était nécessaire dans l'ancien droit (« *cum inter veteres constabat...* »); la

(1) Const., 8, De novat. (Code 8, 42).
(2) L. 2, l. 8, § 2, et De novat. (D., 46, 2).

constitution de Justinien, destinée à obvier à certains inconvénients, ne pouvait donc répéter le droit existant. Plusieurs lois d'ailleurs, et notamment la loi 2, *De novat.*, ne présentent aucune trace d'interpolation, car il faudrait y supposer l'addition d'une phrase entière.

Deuxième système. L'*animus novandi* était nécessaire dans l'ancien droit, mais souvent il y avait doute sur son existence. Dans ces cas hypothétiques intervenaient fréquemment des décisions et décrets impériaux qui, bien que n'ayant qu'une autorité relative, étaient ensuite invoqués dans des cas analogues. C'est cet abus que Justinien a voulu réprimer dans sa constitution. Il veut que la question d'intention soit désormais tranchée par la volonté des parties (« *ex voluntate* ») et plus *ex lege.* Il défend aux magistrats de présumer la novation ; c'est aux parties à prouver que telle a été leur volonté (1). — Ce système se trouve encore en opposition avec les Institutes, qui prohibent toute supposition arbitraire de novation, quelle qu'en soit la source.

Troisième système. La volonté de nover doit être certaine. Plus de présomptions, lorsqu'il y a doute sur cette intention. Voilà le sens de la Const. 8 au Code. Mais rien n'empêche d'induire cette intention, non-seulement de termes équipollents mais même des cir-

(1) *Molitor*, n° 1037.

constances (1). C'est ce que prouvent à l'envi les textes (2). — Ce système serait très logique s'il n'avait le défaut de tenir trop peu de compte des expressions formelles des Institutes et de la Const. (EXPRESSUM FUERIT... SPECIALITER *remiserint... et hoc expresserint*).

Quatrième système. Justinien a dérogé à la maxime : « *Eadem vir est taciti atque expressi.* Jusqu'à lui l'*animus novandi* se tirait de tel ou tel fait dont l'appréciation n'était soumise à aucune règle fixe (V. les textes cités note 2). Sa constitution est venue abroger cette législation tortueuse et ambiguë et poser un principe précis en place du doute et de l'arbitraire. Désormais, dit-il, il n'y aura novation que lorsque les parties auront expressément (3) déclaré leur volonté à cet égard (4). Les termes des Institutes et de la constit. 8 ne peuvent laisser de doute sérieux sur ce point (5). Ce système est le plus généralement suivi.

(1) M. *Étienne*, t. 2, p. 249. *Mühlenbruch*, § 475, *in fine*.

(2) L. 44, § 6, De obl. et act. (D., 44, 7) l. 2; §§ 5, 26, 28, De novat. (D., 45, 2).

(3) Ce qui n'exclut pas les termes équipollents ; seulement la volonté des parties doit résulter de l'acte même et non des circonstances extérieures.

(4) Doneau, *De jure civili* (16, 20, 24).—Perezius, *De novat.*, n° 12. — MM. Ortolan, Ducaurroy, Fresquet.

(5) Avant Justinien, l'*animus novandi* était si facilement présumé, que les parties, dans cette crainte, avaient pris l'habitude, lorsqu'elles voulaient écarter toute supposition de novation, d'ajouter les mots : « *Sine novatione.* » La l. 8, exigeant la déclaration expresse de l'*animus novandi*, proclame l'inutilité de ces expressions.

56. La constitution de Justinien présente un grand avantage. Elle permet en effet d'apporter des modifications à l'obligation (telles que l'addition ou la suppression d'un terme, d'une condition, ou d'un fidéjusseur), sans la nover (1). Autrefois, de semblables transformations pouvaient donner lieu à des doutes sur la question de novation.

57. Il existe au Digeste quelques textes qui parlent de la mention expresse de l'*animus novandi* (2). On ne peut les expliquer qu'en les considérant comme interpolés.

§ 4. *De la capacité des parties.*

58. La novation a la plus grande analogie avec le paiement. Or, de même qu'on distingue dans ce dernier cas la personne qui peut recevoir un paiement de celle qui peut le faire, de même nous distinguerons ici les personnes qui peuvent nover *en stipulant* de celles qui peuvent nover *en promettant.*

A. *En stipulant.*

59. Nous rangerons en trois catégories les personnes pouvant nover qui rentrent dans notre subdivi-

(1) « *Anteriora stare et posteriora incrementum illis accedere.* »

(2) L. 58, De verb. oblig. (D., 45, 1). — L. 31, § 1, De novat. (D., 46, 2).

sion. Ce sont : 1° le créancier, dans les diverses positions qu'il peut occuper; 2° ceux ayant reçu pouvoir de nover du créancier; 3° ceux ayant reçu pouvoir de nover de *la loi*. Nous verrons après ceux qui ne peuvent nover.

Peuvent nover : 1° Le *créancier, dans les diverses positions qu'il peut occuper.*

a. Ce sera en première ligne le *créancier proprement dit.* Pouvant valablement recevoir un paiement, rien ne l'empêche de nover (1). Il est seul juge et maître de ses actions.

b. L'*adstipulator* (2). On nommait ainsi un tiers qui stipulait accessoirement au stipulant principal et acquérait ainsi, relativement à la créance, autant de pouvoir que lui, sauf l'action de mandat, à laquelle il était soumis de la part du créancier véritable. L'adstipulation, probablement en honneur à l'époque où l'on ne pouvait plaider par procureur, usitée encore, lorsque cette faculté fut admise, à cause des formes embarrassantes qui l'entouraient, presque restreinte sous Gaïus au cas de stipulation *post mortem*

(1) La loi 10, *De novat.* (D., 46, 2), s'exprime ainsi : « *Cui recte solvitur, is etiam novare potest.* » Elle n'excepte de cette règle que l'*adjectus solutionis gratia*. Mais ce principe est beaucoup trop général. Nous verrons en effet que quelquefois le créancier lui-même ne peut nover, et qu'il en est de même de ceux qui, quoique n'étant pas créanciers, peuvent donner quittance.

(2) G., com. 3, §§ 110 à 115.

suam (1), disparaît sous Justinien, qui valide ces sortes de stipulations.

c. Le *correus stipulandi* (2). Il peut, en effet, vala-

(1) G., § 3, 117.

(2) L. 31, § 1, *De novat.* (D., 46, 2). La loi 27, *De pactis* (D., 2, 14), semble tout à fait contraire. Après avoir dit qu'un des *argentarii socii* ne peut ni faire un pacte *de non petendo* ni nover, elle ajoute : « *Idem que in duobus reis stipulandi dicendum est.* » Comment les concilier? Plusieurs systèmes sont en présence.

1er *Système.* — La loi 27, *De pactis*, ne contredit pas la loi 31, § 1, *De novat.*, car elle prévoit le cas d'une société de banquiers qui se sont donné uniquement mandat de recevoir le paiement, et qui, par conséquent, ne peuvent ni faire un pacte de remise ni nover. A cette opinion on oppose les mots : « *Idemque in* DUOBUS REIS STIPULANDI, » de la loi 27.

2e *Système.* — Ces deux lois sont inconciliables, elles sont le vestige de deux opinions opposées (Cujas, t. 1, *Oper. prior.*, col. 917). On peut répondre que la contradiction est trop choquante pour qu'on n'essaie pas de la faire disparaître.

3e *Système.* — Il faut appliquer la loi 31, § 1, lorsque les *correi stipulandi* ne sont pas *socii*, parce qu'en l'absence de toute société l'un d'eux a le droit de disposer de la créance, jusqu'à ce qu'elle ait été identifiée avec l'un d'entre eux par la *litis contestatio* ; s'ils sont *socii*, c'est la loi 27 qui produira son effet, car dans ce cas chaque cocréancier est mandataire à l'égard des autres pour recevoir le paiement de la créance, mais non pour en disposer (Molitor, n° 1013). — Cette conciliation est contredite par la loi 31, § 1, *De novat.*, qui admet la possibilité de nover pour chaque cocréancier, sans distinguer s'il y a ou non société. La seule différence qu'il pourrait y avoir entre ces deux cas serait l'admissibilité ou le refus de l'action *pro socio*, par laquelle le cocréancier demanderait compte de l'intérêt qu'il avait à ce que l'extinction do la créance n'eût pas lieu.

4e *Système.* — La loi 27, *De pactis*, n'est pas en contradiction avec la loi 31, § 1, *De novat.*, car ello ne s'occupe que du point de savoir si un *pacte de remise* fait par un intéressé peut nuire aux autres intéressés. Après avoir dit, en parlant des *argentarii socii*,

blement recevoir un paiement; il peut même faire acceptilation (l. 2, *De duob. reis*, D. 45, 2; l. 13, § 12, *De acceptil.*, D. 46, 4). *A fortiori* doit-il pouvoir faire novation, ce qui est moins préjudiciable et se rapproche beaucoup du paiement.

Il ne peut, au contraire, faire de pacte *de non petendo* général (*in rem*), pas plus que l'*argentarius socius* (l. 27, *De pactis*, D. 2, 14). D'où vient cette différence? d'abord, de ce que le pacte de remise n'a aucune analogie avec le paiement et qu'il en est autre-

que le pacte *de non petendo* fait par l'un ne nuit pas aux autres. *Paul*, dans la loi 27, s'étaie de l'opinion de Labéon. A partir des mots: « *idem Labeo* » jusqu'à ceux: « *quod est verum*, » c'est Labéon qui parle en terme très généraux, et Paul se saisit de sa pensée pour justifier l'opinion qu'il adopte sur l'effet tout relatif du *pacte de remise*. Labéon dit en effet: « On voit souvent des personnes (le mot « ALIUM » a un sens abstrait et général, et ne se rapporte ni à l'*argentarius* ni au *correus stipulandi*) avoir le droit de recevoir un paiement et ne pouvoir nover: telles sont celles soumises à la puissance d'autrui, auxquelles on peut payer ce qu'elles ont prêté, sans que pour cela elles puissent faire novation ». De là Paul conclut *a fortiori* à l'impossibilité d'une remise générale, la novation étant moins grave que la remise. Après tous ces raisonnements sur le pacte *de non petendo*, le jurisconsulte ajoute: « Il faut en dire autant des *correi stipulandi*, » c'est-à-dire que le pacte de remise fait par l'un d'eux ne peut être opposé aux autres. Quant à la novation, il n'en est pas question; il n'en a été parlé qu'incidemment pour venir à l'appui de ce qui était dit touchant le pacte *de non petendo* de l'*argentarius*. Il faut donc enfermer dans une parenthèse tout ce qui est compris entre les mots: « *idem Labeo* » et « *idemque*... » et rapporter la dernière phrase de la loi 27 à ce qui est dit du pacte *de non petendo* (Voët., *ad Pand.*, *De duob. reis*, n° 5. Poth., *ad Pand. De pactis*, n° 45, note 1. *Vangerow*, *Leitfaden für Pandecten, Vorlesungen*, t. 3, p. 90 à 93).

ment de la novation ; puis, de ce que le pacte *de non petendo*, ne fournissant qu'une exception au débiteur libéré, on comprend qu'il ne puisse être opposé qu'au créancier qui a été partie dans l'acte, tandis que la novation opérant *ipso jure*, éteint la dette d'une manière absolue.

2° *Ceux ayant reçu pouvoir de nover du créancier.* Ce sont :

a. Le *procurator in rem suam*, c'est-à-dire, le cessionnaire d'une créance. Il jouit de toute liberté dans ses actes, n'ayant à rendre de comptes à personne (1).

b. Le *procurator omnium bonorum* (2).

c. Le *procurator à l'effet de nover* (3). Si un tiers a fait novation sans ordre, pendant l'absence du débiteur, et que celui-ci de retour ratifie, la novation sera valable *ex post facto*, car la ratification équivaut au mandat (4).

d. Les fils de famille et les esclaves ayant la libre administration de leur pécule, pourvu que la novation n'eût pas lieu *animo donandi* (5). Car, dit avec

(1) L. 13, § 1, *De pactis* (D., 2, 14).

(2) L. 20, § 1, *in fine*, *De novat.* (D., 46, 2). Dans le même sens, l. 58, *De procurat.* (D., 3, 3).

(3) Pauli sent., lib. 5, tit. 8, in fine.

(4) L. 22, De novat. (D., 46, 2); *idem*, l. 60, De reg. juris. (D., 50, 17).

(5) L. 48, § 1, *De pecul.* (D., 15, 1); l. 34, pr.; *De novat.* (D., 46, 2); l. 21, *De jurej.* (D., 12, 2). Ces textes paraissent être contredits par la loi 16, *De novat.* Mais on peut la concilier avec eux en disant qu'il s'y agit d'un pécule avec des pouvoirs très limités,

raison la Glose : « *Aliud est enim administrare, aliud donare.* » Il ne s'agit, bien entendu, que de la novation des créances comprises dans le pécule.

62. 3° *Ceux ayant reçu pouvoir de nover de la loi;* savoir :

a. Le tuteur (1), pourvu que l'acte soit avantageux au pupille (*si hoc pupillo expediat*).

b. Le curateur d'un furieux ou d'un prodigue (2), toujours sous la condition de l'utilité.

63. Sont *privées du droit de nover* deux classes de personnes :

1° *Certains créanciers;* savoir :

a. Le *pupille, sine tutoris auctoritate* (3). Il ne peut en effet recevoir valablement seul un paiement; et d'ailleurs, en novant, il devrait aliéner l'ancienne créance, ce qui lui est également impossible (4). Mais comme il peut acquérir une créance sans autorisation, le nouveau débiteur sera obligé et le pupille aura deux créances au lieu d'une. L'équité s'oppose toutefois à ce qu'il en cumule le bénéfice. Aussi le juge

et non *cum libera administratione*, ainsi que cela a lieu dans les autres textes cités. D'ailleurs, les mots : « *citra voluntatem domini* » ne peuvent-ils pas signifier *contrairement à l'ordre du maître?* Or, n'est-il pas évident que le maître qui peut retirer le pécule, peut *a fortiori* interdire la novation des créances qui s'y rattachent?

(1) L. 20, § 1, De novat. (D., 46, 2); l. 22, De admin. et peric. (D., 26, 7).

(2) L. 34, § 1, De novat. (D., 46, 2).

(3) L. 20, § 1, De novat. (D., 46, 2).

(4) L. 15, De Solut. (D. 46, 3).

exigera-t-il, avant la prononciation de la sentence, que le débiteur soit libéré par acceptilation, si l'action intentée est de bonne foi (1), et si elle est *stricti juris*, ce sera au débiteur lui-même à veiller à ses intérêts en faisant insérer l'exception de dol dans la formule.

b. Le *prodigue interdit*, à moins qu'il ne rende par là sa condition meilleure (2).

c. Le *mineur de vingt-cinq ans*, muni d'un curateur (3), qui aurait nové *sine consensu curatoris*, sauf toujours le cas d'utilité.

(1) L. 9, De novat. (D., 46, 2).

(2) L. 3, De novat. (D., 46, 2).

(3) L. 7, § 2, *De minor. XXV annis* (D. 4, 4); l. 3, *De in integr. restit.* (Code, 2, 22). — Un curateur peut être donné à trois classes de personnes : 1° aux *impubères* dans certains cas spécialement limités (Inst., 1, 23, § 5); 2° aux *majeurs de 25 ans* furieux, insensés, prodigues, etc.; 3° aux *adultes*. A partir de 12 et 14 ans, les personnes *sui juris* se trouvaient placées à la tête de leurs affaires. Le droit civil leur reconnaissait une capacité entière. Mais la pratique ayant révélé les inconvénients de ce droit trop large, il y fut remédié successivement par une loi *Plætoria*, par la *restitutio in integrum*, et enfin par une curatelle générale établie par Marc-Aurèle, d'après l'historien J. Capitolinus (Dans le même sens, L. 1, § 3, *De minor.*, D., 4, 4; titre 12, § 4, Règles d'Ulpien. — Inst., 1, 23, pr.). Ce curateur devait être demandé par l'adulte ou sa nomination provoquée par son tuteur. Elle n'était jamais forcée, sauf dans trois cas : 1° pour soutenir un procès; 2° pour recevoir un paiement; 3° pour examiner les comptes de tutelle. Mais quelle est la capacité passive d'un mineur de 25 ans pourvu d'un curateur? Le droit romain n'est pas bien net sur ce point. Un premier système distingue entre les *aliénations* et les *obligations* (Vangerow, t. 1, p. 463, note 2). Les dernières sont valablement contractées, sauf la

2° *Certaines personnes auxquelles on peut cependant valablement payer*; savoir :

a. L'*adjectus solutionis gratia* (1), c'est-à-dire celui qui est chargé de recevoir pour le créancier, mais

restitutio in integrum; les aliénations sont nulles. En effet, les lois 101, *De verb. obligat.* (D., 45, 1), et 43, *De oblig. et act.* (D., 44, 7), permettent au mineur de 25 ans de s'obliger. Quant à la C. 3, *De in integr. restit.* (Code, 2, 22), l'assimilation qu'elle fait de l'adulte au prodigue interdit ne se rapporte qu'à l'aliénation. Voilà l'acte qu'elle déclare nul. Il est vrai que le texte emploie le mot *vendere;* mais on soutient que cette expression est prise *improprio sensu*, comme synonyme d'aliéner. Il est concevable, d'ailleurs, que la validité de l'aliénation, dépende de la volonté du curateur, puisque l'administration des biens lui est confiée, tandis que la création de l'obligation est indépendante de lui, car il n'a pas de pouvoir sur la personne de l'adulte qui peut se marier seul (l. 20, *De ritu nup.*, D., 23, 2), déférer le serment (l. 9, § 4, *De jurej.*, D., 12, 2), faire adition d'hérédité sans le consentement du curateur (l. 17, § 1, *De appellat.*, D., 49, 1). (Cujas, sur la loi 101, *De verb. oblig.*, t. 5, *prior. oper.*). La distinction faite dans ce système est du reste justifiée par cette considération, que l'aliénation est, sous certains rapports, plus désavantageuse que l'obligation. — Dans un deuxième système, on soutient que l'acte fait *sine consensu curatoris* est toujours nul *ipso jure*, et l on entend la loi 101, *De verb. oblig.*, en ce sens, qu'il n'est pas nécessaire que le *consensus curatoris* intervienne, comme l'*auctoritas tutoris*, *in ipso actu*. On invoque enfin la circonstance que les actes du mineur faits *sine consensu curatoris* sont assimilés à ceux du prodigue interdit (C. 3, *De in integ. restit.*, Code, 2, 22; — l. 6, *De verb. oblig.*, D., 45, 1). (Puchta, Inst., t. 2, § 202, note *aa*.—Ducaurroy, n° 283).—Enfin, dans une dernière opinion, on admet qu'il y a antinomie entre les lois du Digeste et du Code précitées, et l'on explique cette contradiction par un changement qui serait survenu dans la législation. La C. 3, *De in integ. restit.* au Code, représenterait le dernier état du droit.

(1) L. 10, De novat. (D., 46, 2). — Inst., 3, 19, § 4.

qui n'a pas mandat de disposer autrement de la créance.

b. Le mandataire constitué *ad exactionem tantum* (1). Il ne lui est pas permis de compromettre la position du créancier.

c. Les fils de famille et les esclaves qui n'ont pas la libera administratio peculii (2).

B. *En promettant.*

64. Les principes sont plus larges ici. Il suffit de deux conditions pour opérer novation : 1° que le droit civil ne refuse pas la capacité de jouer le rôle de promettant dans la stipulation ; 2° que le créancier consente à la novation. Hors de là, plus d'entraves. Aussi le pupille, qui ne peut éteindre sa créance par novation en stipulant *sine tutoris auctoritate*, peut produire une novation en promettant (3). Dans le premier cas, en effet, il pourrait compromettre ses intérêts. Dans le second, au contraire, l'opération aura généralement pour résultat de substituer une obligation naturelle à une obligation civile. Le créancier est d'ailleurs en faute de traiter avec un incapable (4).

(1) C. 4, *De novat.* (Code, 8, 42).

(2) L. 23, l. 25, l. 16, *De novat.* (D., 46, 2); l. 27, pr., *De pactis* (D., 2, 14). — Mais comme ils peuvent engager les tiers, il y aura deux obligations, sauf l'exception de dol dont le promettant pourra se prévaloir, suivant les circonstances.

(3) L. 20, l. 1, § 1, De novat. (D., 46, 2).

(4) Quant à l'esclave, nous savons qu'il lui est défendu, en principe, de nover en promettant (Inst., 3, 19, § 6; 3, 29, § 3).

65. Bien plus, toute personne peut nover malgré la volonté du débiteur (1). On applique ici les règles existant en matière de paiement : « *Solvere pro ignorante et invito cuique licet* (2), » car la novation n'est qu'une espèce de paiement, puisque, comme lui, elle satisfait le créancier. Aussi, lorsqu'un débiteur susceptible refusait toute remise de la dette, le créancier pouvait le libérer par novation, en faisant promettre la même chose à un tiers complaisant qu'il libérait ensuite par acceptilation, à défaut de quoi celui-ci pouvait le repousser par l'exception de dol (3).

§ 5. *De la forme de la novation.*

66. Il existait trois modes différents d'opérer novation. C'étaient :

(1) L. 8, § 5, in fine, De novat. (D., 46, 2).

(2) L. 23, l. 52, *De solut.* (D., 46, 3); l. 39, *De negot. gestis* (D., 3, 5). Certains textes semblent poser le principe contraire. Ainsi, la loi 69, *De reg. juris.* (D., 50, 17) : « *Invito beneficium non datur.* » (*Id.*, l. 156, § 4, *eod. tit.*; l. 16, §, 2, *De donat.* D., 39, 5). Mais on peut les concilier en disant avec Pothier (Pand., *De reg. juris*, n° 15) que, s'il est vrai qu'on ne peut rendre un bienfait à quelqu'un malgré lui, la règle souffre exception lorsque le bienfait est utile, non-seulement à celui qui en bénéficie, mais aussi à un tiers. Tel est le cas du paiement pour autrui qui enrichit le créancier et décharge le débiteur. Telle est aussi l'hypothèse de l'héritier nécessaire qu'on investit malgré lui de la liberté et de l'hérédité; car il n'est pas seul à en profiter, mais honore ainsi la mémoire du défunt intéressé à avoir un héritier.

(3) L. 91, De solut. (D., 46, 3).

1° La *stipulation ;*

2° L'*expensilation;*

3° La *dotis dictio.*

Mais le mode le plus usuel était sans contredit la stipulation. Le titre *De novat.*, au Digeste, et le § 3 des Institutes (3, 29), n'en mentionnent même pas d'autre.

67. 1° La *stipulation* est un contrat solennel composé d'une interrogation et d'une réponse conforme (1). Nous savons qu'elle emportait novation dès qu'il y avait contrat valable en la forme, quand même l'obligation à laquelle elle donnait naissance n'était que naturelle.

68. 2° L'*expensilation*, ou contrat *litteris* (2), consistait dans l'inscription d'une dette d'argent faite par le créancier sur son registre domestique, du consentement du débiteur (3), sans qu'il y eût eu *mutuum*

(1) Inst., De verb. oblig. (3, 15, pr. et § 1).

(2) Il existe peu de documents sur ce contrat tombé en désuétude dès avant Justinien. Le Digeste et le Code sont complétement muets sur ce point, et les Institutes ne contiennent qu'un chapitre insignifiant (3, 21). Toutes les sources se réduisent à sept paragraphes de Gaius (3, § 128 à 135), au § 329 des *Fragm. Vaticana*, et à quelques passages d'écrivains classiques. L'auteur le plus explicite sur la matière est *Asconius Pædianus*, commentateur de Cicéron, contemporain et ami de Virgile. Niebuhr a contesté son autorité en disant que c'était un faux Asconius, un grammairien inconnu vivant trois siècles après Auguste.

(3) La question de savoir si l'inscription sur les deux registres du créancier et du débiteur n'était pas indispensable est vivement débattue. L'analogie que Gaius semble établir entre la stipulation et l'expensilation (3, § 137), fournit son plus fort argument à l'affirma-

indiqué. Ce registre (*tabula*, *codex*) était tenu avec le plus grand soin par chaque chef de famille, qui y consignait chaque mois ses revenus et ses dépenses, son actif et son passif, d'après des notes fugitives ou brouillon appelé *adversaria*. De l'habitude de tenir ces registres naquit un nouveau mode d'engagement par le contrat littéral, dans lequel l'écriture obligeait indépendamment de tout autre fait. L'écrit en vertu duquel une créance était acquise s'appelait « *nomen*, » parce qu'on indiquait sur le registre le nom du débiteur avec lequel on avait contracté. Il y avait deux sortes de *nomina* bien distincts : les *nomina arcaria* (1) et

tive. Il faut, dit-on, que le stipulant et le promettant parlent dans le contrat *verbis;* il est donc nécessaire que le créancier et le débiteur écrivent dans le contrat *litteris*. Mais s'il en était ainsi, tout le procès se réduirait à une confrontation de registres, et, ce qui est impossible à soutenir, il dépendrait du débiteur d'être tenu ou non. Ne voyons-nous pas d'ailleurs Cicéron (*pro Roscio*, orat., 3, § 1), trouvant les deux registres en désaccord, demander la condamnation des tables infidèles, et la vérification du point de savoir si le créancier n'avait pas fait l'inscription sur son registre par l'ordre du débiteur? Il suffisait donc de la preuve de ce consentement pour qu'il y eût obligation *litteris*. Mais comment se faisait cette preuve? Par tous les moyens possibles, de même que pour l'existence de la stipulation. Par témoins; tels sont les « *pararii* » dont parle Sénèque (*De benefic.*, lib. 3, § 15). Par écrit; telles sont les « *obsignandæ litteræ reorum*, » dont il est question dans Asconius. C'était la lettre par laquelle le débiteur autorisait le créancier à faire l'inscription sur son registre, sur lequel ce dernier la collait comme preuve du consentement du débiteur (M. de Savigny).

(1) Probablement parce qu'il y avait *mutuum*, somme sortie de la caisse (*ex arca*).

les *nomina transcriptitia* (1). Dans ces derniers seuls l'écrit constituait l'obligation ; dans les premiers, il la prouvait uniquement, puisqu'elle était créée par la numération des espèces (2).

69. Les *nomina transcriptitia* formaient donc la véritable obligation *litteris* (3). Ils n'intervenaient jamais qu'en matière d'argent, se référaient toujours à une *pecunia certa*, et ne donnaient lieu qu'à la *condictio certi.* Gaius mentionne deux espèces de *nomina transcriptitia* (4) : 1° *A re in personam*, lorsque ce qui est dû pour une cause réelle est converti en obligation littérale. Ainsi, Titius me doit 100 par suite d'une vente, d'un louage, d'une société. Avec son consentement, je porte cette somme comme *expensa* sur mon registre. Il y a changement dans la *causa civilis obligationis*, et novation (5) *inter eas-*

(1) Différentes étymologies ont été données à ce mot. Suivant M. Ortolan (t. 2, p. 229), cela indiquerait la novation que le contrat littéral opère : *transcriptio a re in personam; a persona in personam.* Si cette explication était acceptée, il faudrait dire que l'obligation *litteris* ne servait qu'à nover, ce qui est très contesté. D'ailleurs, le mot « *veluti*, » plusieurs fois répété dans les §§ 129, 130 de Gaius, prouve que ces cas ne sont cités qu'à titre d'exemple. Selon M. Ducaurroy (n° 1119, note *a*), le mot « *transcriptitium* se rapportait à la transcription faite chaque mois sur le registre, d'après le cahier brouillard.

(2) G., 3, § 131.

(3) Rien n'empêchait d'employer cette forme de contrat entre absents (G., 3, § 138).

(4) G., 3, §§ 128, 129, 130.

(5) On a soutenu qu'il n'existait pas de novation *litteris*, vu que

dem personas. 2° *A persona in personam*, lorsque je porte sur mon registre, à la charge de Seius et sur son ordre, ce que Titius me doit. Il y a délégation et novation par changement de débiteur (1).

70. Le *transcriptitium nomen* étant un mode d'obligation du droit civil, semblerait devoir être exclusi-

Gaius, en énumérant les causes de novation (3, §§ 176 à 182), ne mentionne pas l'expensilation, et qu'aucun texte n'affirme d'une manière positive l'existence de la novation *litteris*. Dans ce système, l'action *ex stipulatu* se joindrait à l'action primitive, sans la faire disparaître, dans la *transcriptio a re in personam*, et le délégué ne serait que le coobligé du délégant dans la *transcriptio a persona in personam*. On peut repousser cette opinion en se fondant : 1° sur le mot « *transcriptio* » qui semble bien indiquer une transformation; 2° sur le mot *delegaverit* (G., 3, § 130, *in fine*); 3° sur l'affirmation positive de Théophile (paraphrase des Instit., liv., 3, tit. 21); 4° sur le passage des *topiques* de Cicéron où est rapportée l'histoire du chevalier Canius (*nomina fecit*).

(1) D'après ce qu'en semble dire Gaius, le contrat littéral ne serait jamais qu'une manière de faire novation. On l'a étendu cependant à deux autres hypothèses (Savigny, *Vermischte Schriften*, t. 1, p. 252 et suivantes), quoique l'application en soit contestée : 1° Au cas de donation. Le donataire inscrit sur son registre comme *expensa* la somme dont le donateur veut le gratifier (Valère-Maxime cite un cas semblable dans son ouvrage *De dictis factisque mirabilibus*). 2° A l'*hypothèse suivante:* je donne mandat à Titius de veiller à la construction d'une maison que je veux faire bâtir dans un endroit éloigné. Au lieu de lui remettre la somme d'argent nécessaire, je l'inscris comme *accepta* sur mon registre. Je me constitue son débiteur. Il ne faut pas dire que cette espèce rentre dans le cas de *transcriptio a re in personam*, en ce sens qu'il y a novation de l'action future *mandati contraria* en obligation *litteris;* car le contrat littéral ne peut être fait sous condition (*Fragm. vatic.*, § 329), probablement parce qu'il repose sur l'idée d'un prêt fictif, et qu'un prêt étant un fait n'admet pas de condition.

vement réservé aux citoyens romains. Tel était l'avis des Proculéiens. Toutefois les Sabiniens (1) voulaient que les pérégrins même pussent être obligés de la sorte (2), dans le cas où la transcription avait lieu *a re in personam*, le *nomen* provenant alors très souvent de contrats du droit des gens. On avait néanmoins créé pour eux une nouvelle obligation littérale résultant des *chirographa* et *syngraphæ*. Les premiers étaient des écrits signés par le débiteur seul, les seconds, par les deux parties (3). Ces écrits mis à l'usage des *peregrini* avaient une force obligatoire aussi parfaite que les *nomina transcriptitia*. Les mots « *fieri videtur*, » de Gaius (§ 134), ont uniquement pour but de faire sentir que ces écrits sont comme des *nomina transcriptitia*, qu'ils en tiennent lieu à l'égard des étrangers. Gaius en parle d'ailleurs à la suite du contrat *litteris* véritable, après avoir préalablement écarté la classe des *arcaria nomina* ou écrits simplement probatoires. Enfin les mots : « *Si eo nomine stipulatio non fiat* » du § 134, sont bien significatifs, ils prouvent qu'à défaut de stipulation

(1) G., § 3, 133.

(2) Ils ne pouvaient obliger les autres *nominibus transcriptitiis*, puisqu'ils n'avaient pas de registre.

(3) C'est ce que dit positivement Asconius *in Verrem* (2, 1, § 136). On objecte que cette explication n'est pas bien en harmonie avec le § 134 de Gaius qui semble ne supposer dans les deux cas que la signature du débiteur (« *Si quis debere se aut daturum se scribat.* ») Mais on peut répondre que ces mots se rapportent à un point commun aux *chirographa* comme aux *syngraphæ*.

ces écrits créent l'obligation, tandis que lorsqu'il y a contrat verbal, ils n'ont qu'une force probante. Les *syngraphæ*, plus anciens dans l'ordre chronologique, furent les premiers à disparaître. On ne trouve que le *chirographum* dans le corps de droit de Justinien.

71. 3° La *dotis dictio* (1) ou déclaration solennelle faite au mari que telle chose ou telle somme lui est constituée en dot (2). Elle différait de la stipulation en ce qu'elle était faite par le débiteur sans interrogation préalable, et n'était permise qu'à la femme (3), à son débiteur délégué par elle et à ses ascendants paternels (4). Cette forme d'obligation tomba en désuétude lorsque la simple convention de dot fut rangée par les constitutions impériales au nombre des pactes légitimes (5), et sanctionnée par la *condictio ex lege*.

72. Quand la novation résultait-elle de la *dotis dictio ?* Le cas le plus fréquent était celui de la délégation (6). La femme chargeait son débiteur de consti-

(1) Les renseignements et documents sur cette forme d'obligation sont fort incomplets.

(2) « *Fundus Cornelianus doti tibi erit,* » ou « *centum millia sestertium tibi doti erunt.* » Cette formule conservée par plusieurs textes (L. 25, l. 44, § 1, l. 46, § 1, *De jure dot.*, D., 23, 3), ne dit pas en quels termes le mari acceptait. Peut-être disait-il : « *accipio* » (Térence, *Andria*, 5, 4).

(3) Pourvu qu'elle fût *materfamilias*, et encore dans ce cas avec l'assistance de son tuteur (Ulp., reg. 11, § 20). Quant à la *filiafamilias*, elle ne pouvait *dotem dicere* (*Fragm., vatic.*, § 99).

(4) Ulp., Reg. 6, § 2.

(5) Constit. de Théodose et de Valentinien (Code, 5, 11, 6).

(6) L. 36, l. 56, l. 80, De jure dot. (D. 23, 3) ; Epitome des Inst. de Gaius (2, 9, § 3).

tuer en dot, par la *dotis dictio*, à son mari ce qu'il lui devait. Par là le débiteur se trouvait libéré *ipso jure* envers la femme et engagé envers le mari. Il y avait novation par changement de créancier (1).

73. On ne rencontre nulle part dans le corps de droit de Justinien, les expressions *dotis dictio*, *dotem dicere*, quoique la formule employée dans ce cas spécial ait été conservée dans plusieurs textes. La raison s'en trouve dans les interpolations de Tribonien et de ses collaborateurs, qui partout ont substitué les mots : « *dotem promittere* » à ceux de : « *dotem dicere*, » tout en laissant subsister par mégarde la formule qui les trahit. L'altération est surtout manifeste dans la loi 31, § 1, *De novat.*, ainsi que le fait remarquer judicieusement M. Pellat. Après avoir dit que l'un des créanciers solidaires peut faire novation, de même qu'il peut recevoir un paiement ou faire acceptilation, Vénuléius ajoute dans cette loi : « Autrement que dirions-nous, 1° si une femme ordonne au débiteur commun, « *fun-*

(1) La *dotis dictio* peut aussi produire le même effet que l'acceptilation, c'est-à-dire libérer le débiteur *ipso jure*. Tel est le cas de la loi 77, *De jure dot.* (D. 23, 3), où la femme épousant son débiteur lui constitue en dot ce qu'il lui doit. C'est comme si le mari, ayant payé, recevait en dot le montant de sa dette. Quoique le texte dise « *in dotem promisisset*, » il faut lire : « *dixisset*, » car la femme en se bornant à promettre en dot à son mari par stipulation ce que celui-ci lui devait, se constitue bien débitrice, mais ne déclare pas lui laisser à titre de dot ce que celui-ci lui doit et ne le libère pas. Rien n'empêche, au contraire, l'attribution au mari à titre de dot, par la *dictio* de ce dont il est débiteur (M. Pellat, *sur la dot*, p. 393).

dum doti promittere viro, » ou 2° si, devant épouser ce débiteur, « *doti eum promiserit?* » Le débiteur est libéré envers chacun des cocréanciers. » Sans aucun doute le jurisconsulte avait écrit : « *doti dicere,* » « *doti eum dixerit,* » car autrement le premier cas rentrerait dans ce qui est dit plus haut de la novation par stipulation, et le deuxième serait impossible, vu que la femme peut bien s'obliger par stipulation à donner à titre de dot une somme au mari, mais ne peut constituer en dot par stipulation une somme qui lui est due par lui. En outre, si elle promettait par stipulation une somme égale à celle qui lui est due, il y aurait compensation par voie d'exception depuis Marc-Aurèle, au lieu de l'extinction *ipso jure* que le texte suppose.

74. Lorsqu'il y a eu *dotis dictio* sur la délégation ordonnée par la femme, la novation en résultant est subordonnée à la condition du mariage. Le mari ne peut donc demander la dot *priusquam nuptiæ secutæ fuerint.* Mais la femme à son tour n'est plus créancière que sous la condition inverse (si le mariage n'a pas lieu), de sorte qu'elle ne pourra poursuivre son débiteur délégué avant qu'on ait formellement renoncé au mariage (1). Labéon qui soutenait l'opinion contraire, est avec raison combattu par Jovolenus, dans la loi 80, *de jure dot.* (D. 23-3) (2).

(1) V. M. Pellat, sur la dot, p. 420, 421.

(2) Pothier pense (*Pand.*, 1 • 22, note 10) que la *dictio* étant un

75. Lorsqu'un tiers, se croyant à tort débiteur du délégant, s'oblige envers le créancier de ce dernier, il n'en sera pas moins valablement obligé (1). *Quid*, en cas de *dotis dictio?* une distinction est nécessaire. Est-ce un étranger qui se croyait débiteur de la femme? comme il n'est pas compris au nombre des personnes auxquelles la *dictio* est permise, il fera un acte nul et ne sera pas obligé. Est-ce le père ou un ascendant paternel? il avait le droit de *dotem dicere* : « *Pater etiam si falso existimans se filiæ suæ debitorem esse dotem promisisset, obligatur.* » (2) Il est clair qu'ici encore le texte a été altéré, car autrement il n'aurait fait qu'appliquer une règle générale à un cas particulier, tandis que, la correction faite, on comprend qu'une explication fût nécessaire dans cette hypothèse.

76. Nous terminerons cette matière en remarquant que le *constitut* n'opère pas novation (3). Le motif

acte solennel, un *actus legitimus*, n'admettait ni terme ni condition, à la différence de la *dotis promissio*. Cette opinion ne nous semble pas acceptable, par le motif que la l. 125, *De verb. signif.* (D., 50, 16), pose la formule d'une *dotis dictio* accompagnée d'un terme. Il y a d'ailleurs égale solennité de paroles dans la stipulation et la *dictio*, et l'on ne voit pas pourquoi cette dernière serait un *actus legitimus* plutôt que la première, lorsque les textes sont muets sur ce point (M. Pellat, sur la loi 48, *De jure dot.*).

(1) L. 13, De novat. (D., 46, 2).

(2) L. 46, § 2, De jure dot. (D., 23, 3).

(3) L. 18, § 3, l. 28, *De pec. constit.* (D., 13, 5); l. 15, *De in rem verso* (D., 15, 3). — Cependant le constitut a quelque ana-

en est que la novation n'a lieu que *verbis* ou *litteris*, et que le *constitut* n'est qu'un pacte prétorien par lequel quelqu'un s'engage à payer à jour fixe (1) sa propre dette ou celle d'autrui.

SECTION II.

DES EFFETS DE LA NOVATION.

77. Un double effet est produit par toute novation valable : 1° extinction de l'obligation première (2); 2° création d'une nouvelle obligation substituée à l'ancienne (3). En d'autres termes, la création de la nouvelle obligation est la cause de l'extinction de l'ancienne, et réciproquement, l'extinction de l'obligation primitive est la cause de la naissance de la nouvelle.

78. Avec l'ancienne obligation disparaissent tous ses accessoires, en vertu du principe : « *Accessorium sequitur principale.* » D'où les conséquences suivantes (4) :

logie avec le paiement. Ainsi, lorsqu'il existe deux créanciers solidaires, le constitut fait avec l'un d'eux enlève au débiteur le droit de payer à l'autre (l. 10, *De pec. constit.*).

(1) A défaut de l'indication d'un jour fixe, on pourrait soutenir, dit Paul, que le débiteur n'est pas tenu. Mais on donnera dans ce cas un délai de dix jours au moins (l. 21, § 1, *De pec. const.*, D., 13, 5).

(2) C. 2, De novat. (Cod., 8, 42).

(3) L. 1, De novat. (D., 46, 2).

(4) V. Doneau, De jure civili, lib. 16, cap. 20, nos 26, 29, 32.

1° *Les gages et hypothèques sont effacés* (1). Rien n'empêche toutefois le créancier de les rattacher à la nouvelle obligation (2), ce qui lui permet de les exercer à la date de sa première créance (3). L'avantage qu'il retirerait d'une semblable convention est manifeste dans l'hypothèse suivante :

Primus me prête 100 et je lui hypothèque le fonds Sempronien. Secundus me prête la même somme, pour la garantie de laquelle je lui hypothèque le même fonds. Puis, Primus me prête une nouvelle somme de 100, en faisant novation de la première, afin d'avoir une seule et même créance contre moi. Je lui hypothèque encore le fonds Sempronien, en y ajoutant d'autres garanties. Quel sera l'ordre des hypothèques ? Primus viendra pour 100 en premier lieu, Secundus en second, et Primus pour sa dernière créance en dernier lieu (4). Mais que décider lorsque la novation s'opère par l'intervention d'un nouveau débiteur ? Les gages et hypothèques garantissant la dette primitive peuvent-ils être conservés sans l'assentiment de l'ancien débiteur ? La loi 30, *De novat.*, semble répondre négativement. Mais cette interprétation nous paraît fautive (5).

(1) L. 18, De novat. (D., 46, 2).

(2) L. 11, § 1, De pignerat. act. (D., 13, 7). — Loi unique au Code, etiam ob chirogr. pec. (8, 27).

(3) L. 3, pr., Qui potior in pignore (D., 20, 4). V. sur cette même loi Cujas t. 1, *Oper. postum.*, col. 184.

(4) L. 12, § 5, Qui potior in pignore (D., 20, 4).

(5) Cujas (t. 3, *Oper. postum.*, col. 36) et Pothier (*Pand., de*

2° *Les privilèges attachés à certaines créances s'évanouissent* (1). Ainsi ceux des femmes et des mineurs, lorsque la femme après la dissolution du mariage, le mineur après la puberté, font novation de leur action ***rei uxoriæ*** ou ***tutelæ directa***. Mais il faut pour cela qu'il n'y ait eu aucune réserve lors de la

novat., n° 25. — *Traité des oblig.*, t. 2, n° 599) entendent la loi 30 d'une manière absolue. Selon eux, quand même le créancier ferait la réserve des garanties accessoires lors de la novation par changement de débiteur, il ne pourrait se passer du consentement du premier obligé, parce que le nouveau, auquel les choses n'appartiennent pas, ne peut les hypothéquer sans l'adhésion du propriétaire. Delvincourt (t. 2, p. 570), Toullier (t. 7, n°s 312, 313) et M. Bugnet (annotations sur Pothier, t. 2, n° 599, note 1), pensent que, dans l'espèce de cette loi, aucune réserve n'a eu lieu au moment de la novation, laquelle éteint la dette primitive *in universum;* mais que les réserves dont elle parle n'ont été faites que postérieurement à la novation opérée ; c'est-à-dire que, les gages et hypothèques étant effacés, le second débiteur veut les faire revivre. Il ne le peut pas sans le consentement du premier. Ainsi, la loi 30, *De novat.*, est complètement étrangère à la question de savoir si les gages et hypothèques peuvent être réservés *lors de la novation* au profit du nouveau débiteur sans l'assentiment de l'ancien. Elle n'a en vue que la résurrection après coup des hypothèques ou gages non réservés au moment de la novation. C'est ce point qu'elle résout négativement : l'autre reste entier. On pourrait y donner une solution affirmative, en tirant un argument *a contrario* de la loi 30 entendue comme nous venons de le dire. Le texte qu'on opposait étant d'ailleurs écarté, il ne reste aucun principe de droit qui soit contraire à la réserve des garanties accessoires lors de la novation par changement de débiteur. De quoi se plaindrait d'ailleurs l'ancien obligé ? Sa position est plutôt améliorée qu'empirée. En effet, il cesse d'être tenu personnellement envers son créancier.

(1) L. 29, De novat. (D. 46, 2).

novation, ce qui serait possible par analogie de ce qui a été dit pour les gages et hypothèques, et en vertu du principe général : « *Contractus legem ex conventione accipiunt* (1). »

3° *Les fidéjusseurs sont libérés* (2). Rien ne les empêche néanmoins de cautionner la nouvelle obligation.

4° *Les intérêts cessent de courir* (3). C'est ce qui a lieu dans l'espèce suivante (4) : Le débiteur délègue à son créancier Titius son acheteur, qui lui doit 100 *ex empto*. Le créancier fait ainsi novation : « *Quidquid te debitori meo ex vendito dare facere oportet, id mihi dari fieri spondes ?* » Sur la réponse affirmative de Titius, l'ancienne créance est éteinte et remplacée par la nouvelle. Mais si des intérêts étaient dus, continueront-ils à l'être (5) ? Non, répond Papinien : ni au débiteur, puisqu'il s'est complétement retiré du contrat de vente ; ni au créancier, puisqu'il n'a pas stipulé les intérêts futurs (6).

5° *La clause pénale ne peut plus être encourue* (7).

(1) L. 1, § 6, Depositi vel contra (D., 16, 3).

(2) C. 4, De fidej. et mandat. (C. 8, 41).

(3) L. 18, De novat. (D., 46, 2).

(4) L. 27, eod. tit.

(5) Il est évident que ceux échus lors de la novation seront toujours dus, puisqu'ils sont devenus capital à leur tour.

(6) Cujas, sur la l. 27, De novat. (t. 1, Oper. postum., col. 141).

(7) L. 15, *De novat.* (D. 46, 2). — On oppose la loi 113, *De verb. oblig.* (D., 45, 1), qui admet que dans un cas la peine sera encourue, malgré une nouvelle stipulation ayant pour but la proro-

Si donc un créancier a stipulé une peine en cas de non-paiement au terme prévu et qu'il fasse ensuite novation, le défaut de paiement au terme fixé n'entraîne pas la commise de la clause pénale.

6° *La demeure est purgée* (1). On entend par demeure le retard injuste apporté par le débiteur dans l'exécution de son obligation. *Mora est fraudulosa dilatio.* La question de savoir s'il y a *mora* est surtout une question de fait laissée à l'appréciation du juge (2). On constitue la demeure par une simple *interpellatio* ou une *vocatio in jus* (3), sauf les cas assez rares où elle a lieu de plein droit. Le principal effet de la *mora* est de mettre les risques à la charge du débiteur en demeure, à moins que la chose n'eût également péri chez le demandeur (4). Cet inconvé-

gation du terme d'échéance. Il est néanmoins possible de faire cesser toute antinomie, si l'on reconnaît que la loi 113 ne suppose ni novation, ni stipulation, mais un simple pacte *de non petendo*, qui doit procurer au débiteur une exception temporaire. — Suivant Cujas (t. 1, *Oper. prior.*, col. 1263), une stipulation a bien eu lieu, mais *après la demeure* du débiteur. La peine ayant donc été encourue était toujours due, à moins d'une acceptilation ou d'une convention contraire. La loi 15 prévoit le cas où la novation a eu lieu *avant la demeure*.

(1) L. 8, pr., De novat. (D., 46, 2).

(2) L. 32, pr., De usuris (D., 22, 1).

(3) L. 23, l. 82, § 1, De verb. oblig. (D., 45, 1).

(4) Dans ce cas même, souvent le débiteur restait tenu par cette considération que le créancier, s'il avait été payé, aurait pu vendre la chose avant sa perte (l. 14, § 11, *in fine*, *Quod met. causa*, D., 4, 2; l. 47, § 6, *De legat.*, D., 30, 1).

nient disparaît avec la novation, car en novant, le créancier renonce à sa première créance et par suite à tous les droits qui s'y rattachent. D'où, s'il y a demeure, puis novation, et que la chose due périsse, le promettant se trouvera délié de toute obligation; de la première par novation, de la seconde *interitu rei.*

79. Mais supposons la novation conditionnelle. La demeure sera encore purgée, d'après le jurisconsulte Marcellus, dont Ulpien partage l'opinion (1), car le créancier a admis à la place de la dette primitive, et du droit qui naissait de la demeure, une créance conditionnelle. En sorte que si l'objet dû *pure* et à l'égard duquel le débiteur était en demeure est ensuite promis *sub conditione* et périt avant l'arrivée de la condition, le débiteur sera libéré (2), quoique la novation n'ait pu avoir lieu faute d'objet. Marcellus apporte toutefois une restriction à sa décision, en exigeant, pour que la novation conditionnelle purge la demeure, que le débiteur puisse immédiatement offrir la chose au moment de la seconde stipulation (3).

(1) L. 72, § 1, De solut. (D., 46, 3); l. 14, pr., De novat. (D. 46, 2).

(2) Il sera libéré : 1° de la demeure, par la remise tacite qu'est censé lui avoir faite le créancier, qui, ayant le droit d'exiger son remboursement et s'étant contenté d'une nouvelle promesse, a cessé par là même de considérer le débiteur comme étant en retard; 2° de l'obligation primitive, par la perte de la chose.

(3) L. 72, § 3, De solut. (D., 46, 3).

Mais on ne comprend pas trop en quoi la présence de la chose est nécessaire, si le créancier a bien voulu se contenter d'une simple promesse. Aussi la distinction de Marcellus n'est-elle pas reproduite par Ulpien (1), et semble-t-elle même contredite dans un texte de Papinien (2), quoiqu'on ait soutenu que ce dernier jurisconsulte n'a eu en vue que la novation pure et simple (3).

102. La question circonscrite dans ces limites ne présenterait pas beaucoup de difficulté. Mais deux textes, l'un de Vénuléius, l'autre de Julien, viennent singulièrement la compliquer. Vénuléius (4), en disant que si l'esclave dû purement et promis sous condition, alors que le débiteur était en demeure de le livrer, meurt *pendente conditione*, il y aura novation si la condition se réalise ensuite, Vénuléius, disons-nous, paraît en opposition avec Marcellus et Ulpien ; car puisque la première obligation est déclarée éteinte par la naissance de la seconde, c'est que cette première dette avait été perpétuée par la demeure, no-

(1) V. l. 14, pr., De novat. (D., 46, 2).

(2) L. 17, De condict. furtiva (D., 13, 1). « Nec me movet, præsens homo fuerit necne. »

(3) M. Mommsen, *Théorie de la demeure*, p. 336. — On peut répondre que si Papinien, en n'exigeant même pas la présence de la chose, ne se préoccupait que du cas où le créancier a stipulé purement et simplement, et par conséquent s'est montré plus rigoureux, *à fortiori* devrait-on décider de même dans le cas où celui-ci s'est contenté d'une créance conditionnelle.

(4) L. 31, pr., De novat. (D., 46, 2).

nobstant la perte de la chose, et qu'elle sert de base à la seconde. Nous croyons néanmoins ce texte conciliable avec les précédents (1). En effet, Vénuléius pose en principe que la stipulation conditionnelle d'un objet que le promettant devait *pure* opère novation, si le corps certain existe encore lors de l'événement de la condition. Mais, dans le cas où le débiteur était déjà en demeure au moment de la seconde promesse, le jurisconsulte n'exige plus pour la novation l'existence de la chose lors de l'événement de la condition. Donc, la novation s'opérera malgré la mort de l'esclave survenue avant cet événement. Mais à quel point de vue? Au seul point de vue où la novation puisse être utile et juridique, savoir, relativement à la *purgatio moræ* (Voët, *Pand.*, *De novat.*, n° 10), car la seconde dette ne peut naître réellement faute d'objet; d'où, le débiteur reste libéré. Ce point de vue de la novation est aussi celui de Papinien, qui se sert en pareil cas du mot *de legatio* pour exprimer la *purgatio moræ* (l. 17, *De cond. furtiva*, D. 13, 1). — Julien semble, il est vrai, défavorable à notre opinion (2). En effet, après avoir supposé qu'on stipule conditionnellement

(1) Pothier (*Pand.*, *De novat.*, n° 7) voit, dans la décision de Vénuléius, le cas où le débiteur n'a pas l'objet promis sous la main. Mais cette explication qui se fonde sur la loi 72, § 3, *De solut.*, est contredite ainsi que nous l'avons dit, par les lois 14, *De novat.*, et 17, *De condict. furtiva.*

(2) L. 56, § 8, De verb. oblig. (D., 45, 1).

de Seius l'esclave dû purement par Titius, lequel était en demeure, puis que cet esclave meurt *pendente conditione*, de sorte que Seius est libéré, il ajoute qu'on pourra poursuivre aussitôt Titius. C'est donc, dit-on, qu'il n'y a pas eu purge de la demeure pour lui. Nous croyons néanmoins que l'antinomie n'est qu'apparente (1).

(1) Trois systèmes ont été présentés sur cette loi : 1° Il n'y a aucune antinomie entre la loi 56, § 8, *De verb. oblig.*, et la loi 31, pr., *De novat.*, quoiqu'il résulte de la seconde que la demeure est purgée et de la première qu'elle ne l'est pas. Car dans un cas la stipulation conditionnelle intervient *après* la demeure qu'elle purge, dans l'autre, au contraire, *avant* la demeure. Or, dans cette hypothèse qui est celle de la loi 56, § 8, *De verb. oblig.*, il ne saurait y avoir *purgatio moræ*, puisque la *mora* n'existe pas encore (Cujas, t. 3, *Oper. postum.*, col. 382, 383, et t. 1, *Oper prior.*, col. 1233. Pothier, *Pand.*, *De novat.*, no 7). — Cette explication est avec raison combattue par Accurse. La demeure ne peut pas survenir après la seconde obligation conditionnelle, dit-il, car l'ancien débiteur est lui-même tenu conditionnellement sous la condition contraire à celle de la nouvelle stipulation, de sorte que si le créancier demandait l'objet dû à son ancien débiteur, s'il le mettait en demeure par une interpellation, il pourrait être repoussé à cause de la plus-pétition (l. 36, *De reb. cred.*, D., 12, 1 ; l. 60, § 1, *De condict. indeb.*, D., 12, 6 ; Instit. 4, 6, § 33). — 2° Les lois 31 pr. et 56, § 8, ne sont pas opposées, ainsi que sembleraient le faire croire les mots : « *Nec Seius existente conditione obligatur,* » parce qu'il s'agit, dans cette dernière, d'un cas de novation par changement de débiteur, et non comme dans la première, d'une novation *inter easdem personas*. Or, il serait injuste de faire réagir la demeure du premier débiteur sur le second qui n'est pas coupable. — 3° La loi 56, § 8, n'est d'aucune autorité dans la question, puisqu'elle n'a pas en vue un cas de novation. Elle suppose deux débiteurs de la même chose entièrement indépendants l'un de l'autre ; le premier pur et simple, le second conditionnel. Le débiteur pur et simple est mis en demeure, puis la chose

CHAPITRE II.

NOVATION PAR CHANGEMENT DANS L'UN DES SUJETS DE L'OBLIGATION OU DANS TOUS DEUX.

80. Ce chapitre sera divisé en deux sections. Dans une première, nous parlerons de l'*expromission.* Dans une seconde, de la *délégation.*

SECTION I.

DE L'EXPROMISSION.

§ I. *Comment elle s'opère.*

81. Dans le chapitre précédent, nous ne nous sommes pas écartés de la supposition que tout se passait entre le même créancier et le même débiteur. Rien n'empêche néanmoins que le sujet actif ou passif de l'obligation, ou tous deux à la fois, soient changés. Dans un sens très général et le seul consacré par les textes, le mot *expromissio* se rapporte à toute nova-

périt. L'autre débiteur est libéré, la condition, lors de sa réalisation, ne trouvant plus d'objet. Mais le premier reste tenu par l'effet de la demeure. Ce qui prouve que la loi 56, § 8, ne s'occupe pas d'un cas de novation, c'est que le texte supposant, dans la même hypothèse, une acceptilation faite au débiteur primitif, admet néanmoins que la nouvelle dette pourra prendre naissance à l'arrivée de la condition. Or, la novation serait impossible, la première dette étant éteinte.

tion par changement de débiteur (1). Mais dans une acception plus restreinte et plus communément employée, il vise le cas où le nouveau débiteur vient s'engager envers le même créancier de son plein gré et sans obéir à aucun mandat. De même qu'un tiers peut payer la dette d'autrui à son insu, de même il peut la nover. L'*expromissor* diffère des fidéjusseurs et autres *adpromissores* en ce que : 1° au lieu de s'engager accessoirement à un autre, il joue le rôle de débiteur unique et principal. La préposition *ex* suffirait à elle seule pour le prouver ; 2° il libère celui pour lequel il s'oblige ; 3° son obligation opère toujours novation (2) ; 4° il peut promettre autre chose que l'ancien débiteur. Dans ce cas il y a novation par changement de dette et de débiteur.

L'*expromissio* se distingue donc de la délégation par l'absence de l'idée de mandat. Tandis que dans celle-ci le nouveau débiteur agit d'après les ordres de l'ancien, dans celle-là il suit ses propres inspirations et se laisse guider par le désir de faire une libéralité ou de gérer les affaires d'autrui. Aussi l'*expromissio* était-elle rare en pratique, car de tout temps les personnes disposées à s'obliger de leur propre mou-

(1) L. 10. De pigner. act. (D. 12, 7) ; D. 53, De contr., emp. (D. 13, 1) ; l. 4, De cond. causa data (D., 12, 4) ; l. 4, § 3, De re. judicata (D. 42, 1).

(2) Cujas, sur la loi 7, § 8, De dolo malo, t. 1, prior. oper., col. 998.

vement pour libérer un tiers se sont rencontrées difficilement.

82. Mais si quelqu'un pouvait libérer un tiers débiteur à son insu et même malgré lui (1), il devait néanmoins toujours obtenir l'adhésion du créancier, sans laquelle l'expromission était impossible.

Comment en effet forcer quelqu'un à renoncer aux avantages et garanties de solvabilité que lui offre son débiteur pour accepter en place une créance douteuse, un débiteur insolvable? Il n'en est pas ainsi, il est vrai, du paiement, parce que tous les écus que l'on a en main se ressemblent. Qui ne sait, au contraire, que toutes les créances sont loin de se valoir! Ces décisions ne sont, du reste, que la conséquence du principe énoncé par *Gaius* (2) : *Naturalis enim, simul et civilis ratio suasit, alienam conditionem meliorem quidem etiam inviti et ignorantis nos facere posse; deteriorem non posse.*

83. Nous rappellerons ici ce que nous avons dit plus haut de la stipulation conditionnelle. Si la condition ne s'accomplit pas, l'ancien débiteur pourra être poursuivi sans qu'il lui soit possible d'opposer l'exception *pacti conventi* (3). Si, au contraire, la stipulation conditionnelle est intervenue entre le même

(1) L. 8, § 5, in fine, De novat. (D., 46, 2); l. 53, De solut. (D., 46, 3).
(2) L. 39, De negot. gestis (D., 3, 5).
(3) L. 30, § 2, De pactis (D., 2, 14).

créancier et le même débiteur, en cas de non-réalisation de la condition, l'exception *doli mali* ou *pacti conventi* peut être opposée à l'action résultant de l'ancienne obligation (1).

§ 2. *Des effets de l'expromission.*

84. L'objet de l'expromission, comme celui de la novation proprement dite, est d'éteindre une obligation pour en faire naître une autre. Ce but est atteint au moyen d'un contrat unique (2) intervenu entre le créancier et le nouveau débiteur, tandis qu'on rencontre dans la délégation, ainsi que nous le verrons bientôt, trois contrats, un solennel et deux de mandat. Mais il y a dans l'expromission deux genres de rapports qu'il ne faut pas confondre. Les premiers, entre le créancier et le nouveau débiteur, seront réglés par le contrat intervenu entre eux. Les seconds, entre le nouveau et l'ancien débiteur, ne sont pas toujours soumis à des règles uniformes. Entre eux, point de convention expresse, mais les relations résultant, soit d'un mandat tacite, soit d'un quasi-contrat de gestion d'affaires, soit d'une libéralité. L'*expromissor* a-t-il agi *sciente debitore ?* il sera considéré

(1) G., com. 3, § 179.
(2) Soit *verbis*, soit *litteris*, soit résultant de la *dotis dictio*.

comme son mandataire (1), et ce cas rentrant dans la délégation, il pourra se faire rembourser ce qu'il aura payé par l'action *mandati contraria.* A-t-il agi *ignorante debitore ?* il n'aura que l'action *negotiorum gestorum contraria.* S'est-il enfin obligé *invito debitore ?* il n'aura aucun recours (2), et sera considéré comme ayant voulu faire une libéralité.

85. Il peut se faire que l'*expromissor* soit le débiteur de celui qu'il libère. Ainsi, Seius doit cent à Titius, lequel en doit cinquante à Mœvius. Seius promet spontanément à Mœvius les cinquante dus par Titius. Il n'en sera pas moins tenu des cent envers ce dernier, mais il aura contre lui, soit l'action *negotiorum gestorum utilis* pour se faire tenir compte des cinquante dont il l'a libéré, soit, depuis Marc-Aurèle, l'exception de dol, au moyen de laquelle il lui opposera la compensation (3).

(1) L. 60, De reg. juris (D., 50, 17); l. 1, § 5, De exercit. act. (D., 14, 1); l. 6, § 2, Mandati vel contra (D., 17, 1).

(2) On discutait autrefois le point de savoir si l'on accorderait un recours à celui qui s'immisçait dans les affaires d'autrui, malgre la défense du maître. La loi 40, *Mandati* (17, 1), qui fait mention de la controverse, indique l'opinion de ceux qui accordaient dans ce cas au gérant une action *negot. gest. utilis.* Mais Ulpien et Julien (l. 8, § 3, *De neg. gestis*, D., 3, 5); Paul et Pomponius (l. 40, *Mandati*, D., 17, 1); Papinien (l. 53, *cod. tit.*), et en dernier lieu Justinien (C. 24, Code, *De neg. gestis*, 2, 19), refusent tout recours dans cette hypothèse, où ils voient plutôt un délit qu'une gestion d'affaires. L'empereur établit, toutefois, une distinction équitable entre les dépenses faites avant l'ordre de ne faire aucun acte de gestion et celles qui l'ont suivi. Les premières sont garanties par une action.

(3) Inst., 4, 6, § 30; l. 8, pr., De doli mali except. (D., 44, 4).

86. Tous les accessoires de l'obligation éteinte disparaissent dans l'expromission, comme dans la novation par changement d'objet. Nous rappellerons ici ce que nous avons dit de la réserve des gages et hypothèques au profit du créancier sans l'assentiment de l'ancien débiteur (1). S'il y a plusieurs débiteurs tenus chacun séparément, un seul *expromissor* peut fort bien nover toutes ces obligations. On ne s'inquiétera même pas de savoir si ces dettes ont des causes différentes : *utriusque obligatio in unius personam, a quo nunc stipulemur, confluat* (2).

87. L'expromission étant un cas d'intercession pour autrui, est soumise aux prohibitions du S.-C. Velléien. La femme qui se sera portée *expromissor* pourra donc repousser le créancier par l'exception tirée du sénatus-consulte, ou même intenter contre lui la *condictio indebiti*, si elle avait payé dans l'ignorance de la protection toute spéciale dont elle était l'objet (3). Mais, d'un autre côté, si la femme, par son intercession, avait libéré un débiteur, ce qui a toujours lieu dans l'expromission, le créancier recouvrait son action primitive comme si elle n'avait jamais été éteinte. C'est ce que dit Ulpien en termes positifs : *Quoties pro debitore intercesserit mulier, datur in eum pristina*

(1) V. suprà, p. 74, note 5.
(2) L. 34, § 2, De novat. (D., 46, 2).
(3) L. 40, De condict. indeb. (D., 12, 6).

actio, etsi ille prius acceptilatione liberatus sit, quam mulier intercesserit (1).

SECTION II.

DE LA DÉLÉGATION.

§ I. *Comment elle s'opère.*

88. Autant l'expromission était rare en pratique, autant la délégation se présentait fréquemment. C'est ce qui explique la rubrique de notre titre : *De novationibus et* DELEGATIONIBUS. Le mot *delegatio* s'appliquait particulièrement au cas du mandat donné par le débiteur à un tiers de s'obliger à sa place envers le créancier ou celui que ce dernier désignait : *Delegare est vice sua alium reum dare creditori vel cui jusserit* (2). Mais la novation par changement de créancier portait aussi quelquefois le nom de délégation (3), car *delegare* est synonyme de *mandare*. Seulement, dans ce cas, les textes emploient plutôt le terme de novation que celui de délégation.

89. Ainsi, la délégation peut se présenter sous les trois faces suivantes : 1° *changement de débiteur*. Je dois dix à Titius; je lui délègue Seius, qui ne me doit rien (4); 2° *changement de créancier*. Débiteur de Titius,

(1) L. 8, § 7, Ad S.-C. Velleianum (D., 16, 1). Idem c. 16, Ad S.-C. Velleianum (Code, 4. 29).

(2) L. 11, pr., De novat. (D., 46, 2).

(3) L. 4, De novat. (eod. tit.).

(4) L. 33, De novat. (D., 46, 2).

je suis délégué par lui *animo donandi* à un tiers Seius; 3° *changement de débiteur et de créancier à la fois.* Je délègue à mon créancier Titius mon débiteur Seius. Deux obligations, celle de Seius envers moi et la mienne envers Titius, se trouvent de la sorte réduites à une seule, celle de Seius envers Titius. Mais il y a eu là deux novations : l'une par changement de débiteur, puisque Seius m'a remplacé à l'égard de Titius; l'autre par changement de créancier, puisque Titius a pris ma place vis-à-vis de Seius. Il n'y aura qu'une seule novation, opérant à la fois changement de créancier et de débiteur, lorsque le nouveau débiteur et le nouveau créancier seront tous deux étrangers à l'obligation et obéiront en stipulant à l'ordre des anciens contractants.

90. Les personnes qui jouent un rôle dans la délégation sont au nombre de trois : le *délégant*, qui donne mandat de s'obliger; le *délégué*, qui s'oblige sur l'ordre qu'on lui donne; le *délégataire*, envers lequel on s'oblige. Toute délégation suppose trois contrats, deux de mandat et un solennel : 1° mandat donné au délégué de s'obliger envers le délégataire; 2° mandat donné au délégataire d'accepter le délégué pour débiteur; 3° contrat verbal, littéral, ou *dictio dotis*, entre le délégataire et le délégué. Quand le mandat est donné au délégataire, il contient toujours implicitement mandat au délégué et réciproquement. La distinction entre ces divers contrats n'est pas nettement

observée par les textes qui désignent indifféremment sous le nom de délégation soit le double mandat, soit le contrat solennel seul, soit l'opération entière.

91. Les conditions de forme diffèrent d'après la nature du contrat employé. Ainsi, le double mandat donné par le délégant n'exigera aucune formalité et ne sera soumis qu'aux règles des contrats consensuels (1). Le consentement pourra y être exprimé par écrit, verbalement ou même par un signe de tête (2), et, qui plus est, la ratification vaudra mandat (3); mais encore faut-il que ce consentement ait la novation pour objet. Si donc je charge mon débiteur de promettre à mon créancier Titius ce que je lui dois; en stipulant Titius nove mon obligation à son égard et me libère. Mais il ne s'ensuit pas qu'il nove aussi l'obligation de mon débiteur envers moi, car celui-ci ne peut être libéré contre mon gré. Or, de ce que j'ai consenti qu'il promît à Titius, il ne faut pas conclure que j'ai voulu le libérer (4). Il est vrai que depuis le rescrit de Marc-

(1) Les Institutes ne parlent en effet de la délégation qu'à propos des contrats consensuels (*De mandato*, 3, 26, § 2).

(2) « Delegare scriptura, vel nutu, ubi fari non potest, debitorem suum quis potest » (l. 17, De novat., D. 46, 2).

(3) L. 22, De novat. (D. 46, 2).

(4) L. 21, *De novat.* Selon Pothier (*Pand.*, *De novat.*, n° 28, note 2), Pomponius écrivait avant le rescrit de Marc-Aurèle. Mais il vaudrait peut-être mieux dire que, sans nier la compensation, il n'a voulu qu'avancer une chose, savoir : que l'extinction de l'obligation n'a pas lieu *ipso jure*. C'est ce qui semble prouvé par le mot « *statim.* » Quoi qu'il en soit, la loi 21 consacre formellement le principe

Aurèle mon débiteur pourra, dans ce cas, m'opposer la compensation. Mais sa libération, au lieu de s'opérer *ipso jure*, c'est-à-dire par novation, aura lieu *exceptionis ope*, ce qui est bien différent (1). Quant au contrat solennel intervenu entre le délégué et le délégataire et destiné à opérer novation, il doit remplir toutes les conditions expliquées dans notre chapitre 1er.

92. La délégation avait jeté des racines profondes dans la législation romaine à cause des avantages qu'elle présentait. En effet : 1° Elle abrégeait les paiement multipliés. Je vous dois cent; Titius m'en doit autant. En vous le déléguant il y aura fusion de deux créances en une. Au lieu d'un double paiement il n'y en aura plus qu'un. 2° Elle était, dans le principe, l'unique moyen de transporter à autrui le bénéfice d'une créance (2). Les Romains, considérant toute créance comme une relation entre personnes déterminées, ne pouvaient concevoir un changement dans les sujets de l'obligation sans la rupture du lien. Aussi céder une créance était l'éteindre pour eux. Pour tourner la difficulté, on eut recours à la délégation par changement de créancier. Quand plus tard on put plaider

que la délégation n'emporte pas novation sans le consentement du délégant. Un mandat semblable à celui de cette loi différerait donc de la délégation proprement dite en ce qu'il pourrait être révoqué au gré du mandant, puisqu'il est uniquement donné dans son intérêt.

(1) V. suprà, n° 4.

(2) G. 2, § 38.

par procureur (1), un moyen plus simple se présenta: on donnait mandat à un tiers de toucher la créance et on ne lui en demandait jamais compte; c'était la *procuratio in rem suam* ou cession de créance proprement dite. Elle offrait le danger de laisser jusqu'à la *litis contestatio* le cessionnaire à la merci du cédant, qui jusque-là pouvait révoquer le mandat, s'il ne se trouvait même éteint par sa mort. Mais on obvia à cet inconvénient par la dénonciation de la cession au cédé (2). Celui-ci ne pouvait plus dès lors valablement payer entre les mains du cédant. L'institution des actions utiles au profit du cessionnaire (3) fournit aussi le moyen d'adoucir ce que la révocation du mandat par la mort du cédant offrait de dur et de rigoureux.

93. Quoique tendant au même but, il faut se garder de confondre la délégation avec la cession de créance. Ces deux opérations juridiques diffèrent essentiellement, la première éteignant l'obligation pour la remplacer par une nouvelle, la seconde la laissant au contraire subsister. On peut noter les dissemblances suivantes :

1° Dans la *procuratio in rem suam*, l'*intentio* était rédigée au nom du mandant, la *condemnatio* au nom

(1) G. 4, §§ 82, 83, 84, 86 ; Frag. Vatic., § 263.
(2) C. 3, De novat. (Code, 8, 42).
(3) C. 7, De hered. vel act. vend. (Code, 4, 39); C. 1 et 2, De oblig. et act. (Code, 8, 10).

du procureur (1). Dans la délégation, le nom seul du délégataire figurait dans la formule.

2° Dans la *procuratio in rem suam*, il n'était pas besoin du consentement du débiteur (2). Il en était différemment de la novation par changement de créancier (3).

3° Le cédant peut se prévaloir de sa qualité de créancier jusqu'à la *litis contestatio*, à la *denuntiatio*, ou au paiement (4). Le délégant perd, au contraire, immédiatement cette qualité.

4° Le cédé peut opposer au cessionnaire toutes les exceptions venant du cédant (5); il n'en est pas de même, en général, du délégué, quand il a accepté sciemment la délégation, car le créancier, dans ce cas, « *suum petit* (6). »

5° Les garanties accessoires attachées à la créance ne périssent pas dans la *procuratio in rem suam*, à la différence de ce qui arrive dans la délégation.

94. La novation par changement de créancier n'a pas lieu dans les obligations de choses inhérentes à la personne du délégant, c'est ce que dit Ulpien à pro-

(1) G. 4, § 86.
(2) C. 1, in fine, De novat. (Code, 8, 42).
(3) C. 6, eod. tit.
(4) C. 3, eod. tit.
(5) L. 4; l. 5, De hered. vel act. vend. (D., 18, 4).
(6) L. 5, § 5, De doli mali except. (D., 44, 4). L. 44, De condict. indeb. (D. 12, 6). L. 1, § 10, Quar. rer. actio non datur (D., 44, 5).

pos de l'usufruit (1). Si je délègue à mon créancier Titius celui qui me doit l'usufruit du fonds Cornélien, mon obligation n'est pas novée. Quel est le sens de ces mots: « *Non novetur obligatio mea?* » c'est que, quoique tenu envers Titius, mon débiteur n'en continue pas moins *ipso jure* à me devoir l'usufruit. Cependant ici doit prendre place une double observation. D'une part, c'est que le même usufruit n'a pu être valablement constitué à Titius, comme étant un droit *persona cohærens*. Mais ce n'est là qu'une impossibilité relative qui n'empêchera pas le promettant de devoir à Titius l'estimation annuelle de cet usufruit (2). De l'autre, c'est que le délégué pourra opposer à ma demande l'exception de dol ou *in factum*, même après la mort de Titius. Il aurait pu se faire, en effet, que le délégant décédât avant le délégataire ; or, ce fait nuirait au délégué, puisque l'usufruit qu'il devait au délégant étant éteint par la mort de celui-ci, il n'en continuerait pas moins à en devoir le revenu équivalent au délégataire. Ce désavantage possible doit être compensé par un bénéfice, savoir : que si le délégataire meurt en première ligne, le délégant ne doit plus être admis en sa demande (3).

95. Il est évident que pour la délégation comme

(1) L. 4, De novat. (D., 46, 2).
(2) V. M. Pellat ; l. 59, § 1, De jure dotium.
(3) Pothier, ad Pand., De novat., n° 16, note 2. Doneau, De jure civili, libro 16, caput 20, n° 13.

pour la novation proprement dite, la capacité des contractants est nécessaire. Il faut en dire autant de la mention expresse de l'*animus novandi*, quoique cette proposition ait été niée par Barthole (1). On n'aperçoit pas, en effet, de motif de différence entre les deux cas, et l'on pourrait même trouver un a *fortiori* pour appliquer la constitution 8 à la délégation. Car, n'est-on pas plus dans le vrai en présumant, lorsque la novation a lieu *inter easdem personas*, que les parties ont eu l'intention de faire quelque chose de nouveau, que lorsqu'un créancier stipule d'un tiers ce qui lui est dû par son débiteur? Il est très possible, dans cette dernière hypothèse, que le stipulant n'ait en vue que d'accroître ses garanties et non de libérer son obligé.

§ 2. *Des effets de la délégation.*

96. Nous savons déjà que la délégation est un composé de trois contrats distincts, dont deux de mandat et un solennel (2). Nous allons examiner les effets de chacun d'eux.

A. Effets du contrat solennel intervenu entre le délégué et le délégataire.

97. Nous distinguerons ici deux cas :

1° *La délégation est* A TITRE ONÉREUX. C'est le cas

(1) Vinnius, comm. in Inst., lib. 3, tit. 29, § 3.
(2) Stipulation, expensilation ou *dotis dictio*.

le plus fréquent, et celui où le délégataire est le plus favorablement traité, car il reçoit ce qui lui est dû. Ainsi : Je délègue à mon créancier Titius, auquel je dois 100, Seius, qui lui promet cette somme. Si Seius, le délégué, est mon débiteur, trois effets sont produits (1) : 1° le délégant est libéré envers le délégataire ; 2° le délégué est déchargé envers le délégant; 3° le délégué devient débiteur du délégataire. Mais qu'il y ait une obligation ou deux d'éteintes, les accessoires de chacune de celles qui disparaissent s'effacent avec elle.

98. La créance du délégataire contre le délégué est nouvelle; elle prend la place de celle du délégant contre le délégué. Mais si elle est privée des avantages qui garantissaient cette dernière, elle n'en subit pas non plus les inconvénients. C'est-à-dire, qu'en général, ***le délégataire n'aura pas à craindre de la part du délégué les exceptions que ce dernier pouvait opposer au délégant*** (2).

99. ***Applications de la règle :***

a. Exception de dol (3). Je suis parvenu par des manœuvres frauduleuses à me faire promettre 100 par Titius. Celui-ci pourra donc opposer à mon action l'exception de dol; je le délègue, les choses étant en cet état, à Seius. Le délégué accepte, connaissant

(1) Pothier, Pand., nos 30 et 31.
(2) L. 19, De novat., in principio (D., 46, 2).
(3) L. 12, eod. tit.

son droit à l'exception. Il le perd par son nouvel engagement, car, puisque étant à l'abri de toute poursuite, il a promis une seconde fois, c'est qu'il a voulu faire une libéralité, renoncer à son exception. Quant au délégataire, il ne réclame que ce qui lui est dû (1), et l'on ne voit pas pourquoi l'imprudence du délégué devrait lui nuire. Il n'a pas dû abandonner une bonne créance pour une autre paralysée par une exception. Supposons, au contraire, que le délégué ait ignoré l'existence d'un moyen de défense à son profit. Il s'engage sans qu'on ait d'imprudence actuelle à lui reprocher. Il n'en perdra pas moins l'exception, car le délégataire « *suum recepit,* » et il ne pourra non plus intenter contre lui la *condictio indebiti* en cas de paiement, car : « *Repetitio nulla est ab eo qui suum recepit* (2). » Mais un recours lui est ménagé dans cette hypothèse contre le délégant (3). Il aura, soit la *condictio certi* (*condictio sine causa*), pour se faire rembourser ce qu'il a payé, soit la *condictio incerti* (4) pour obtenir sa libération, s'il n'a pas encore payé. Il peut, s'il le préfère, intenter contre le délégant l'action

(1) « Nihil dolo creditor facit qui suum recepit » (l. 129, De reg. juris., D., 50, 17).

(2) L. 44, De cond. ind. (D., 12, 6).

(3) L. 78, § 5, De jure dot. (D., 23, 3); l. 12, De novat., in fine (D., 46, 2).

(4) Ainsi appelée parce qu'après la *demonstratio*, l'*intentio* contenait une indication indéterminée de l'objet dû : « *Quidquid ob eam rem dare facere oportet.* »

mandati contraria, puisqu'il a éprouvé une perte dans l'exécution de son mandat (1). Les principes exposés sous ce paragraphe ont été appliqués, par les jurisconsultes Paul et Ulpien (2), à celui qui, ayant une exception de dol à opposer à la femme, a été délégué par elle à son mari. Ce débiteur ne pourra pas repousser l'action du mari en excipant du dol de la femme, car il importe beaucoup à ce dernier que sa femme ait une dot avec laquelle il puisse subvenir aux charges du mariage. Paul propose seulement une restriction fort équitable pour le cas où le mari intenterait son action après la dissolution du mariage. Le délégué pourrait alors opposer toutes exceptions au mari, car sa demande ne tendrait plus qu'à profiter à la femme seule et non à lui-même. Or, on ne peut plus dire de lui dans cette hypothèse : « *Suum negotium gerit.* »

b. Exception du S.-C. Macédonien (3). Un tiers

(1) Il faut en dire autant du moyen de défense *ipso jure* tiré de ce qu'on ne devait pas (l. 13, l. 19 *in fine, De novat.*). Si donc Seius, qui n'était pas mon débiteur, a été délégué par moi à mon créancier Titius, Seius le délégué ne pourra pas repousser Titius, mais il aura contre moi les différents modes de recours dont il a été question. La décision ne serait plus la même en cas de violence, car l'exception *quod met. causa*, à la différence de celle de dol, est *in rem* (l. 15, § 3, *De dolo malo*, D., 4, 3; l. 4, § 33, *De doli mali et met. except.*, D. 44, 4), c'est-à-dire opposable à tous ceux qui voudraient profiter de la violence, quoique n'en étant pas les auteurs.

(2) L. 9, § 1, De cond. c. data (D., 12, 4); l. 4, § 21, De dol. mal. et met. except. (D., 44, 4).

(3) L. 19, De novat. (D., 46, 2).

prête de l'argent à un fils de famille, puis le délègue à Titius. Le fils de famille ne pourra opposer au délégataire l'exception du S.-C. qu'il avait contre le délégant, vu que le délégataire n'a nullement enfreint les dispositions de la loi. S'il en est différemment, dans le cas du S.-C. Velléien, c'est qu'alors la seconde, comme la première obligation, constitue une *intercessio pro alio*.

c. Exception de la loi Cincia (1). Cette loi fixait un maximum que le donateur ne pouvait dépasser (2), afin de le protéger contre ses propres excès de libéralité. Elle ne s'appliquait pas toutefois à certaines classes de personnes, dites *personæ exceptæ* (*Frag. Vatic.*, §§ 298 à 309). Si donc le donataire déléguait à un tiers le donateur qui se trouvait avoir promis *extra modum legis Cinciæ* (3), ce dernier ne pouvait se prévaloir vis-à-vis du délégataire de l'excep-

(1) L. 5, § 5, De doli mali et met. except. (D., 44, 4).

(2) Ce taux est resté inconnu. Peut-être était-il de 1000 as, par argument de la loi *Furia testamentaria* en matière de legs et du § 301 des *Fragm. vatic.*

(3) La loi Cincia offrait ceci de particulier que, tout en défendant les donations au-delà d'un certain taux, elle n'en prononçait pas la nullité même pour l'excédant (*Ulp. Reg.*, 1, § 1). De plus, le donateur, entraîné hors des limites de la loi, n'avait qu'une exception ou une réplique pour se défendre contre le donataire. On ne lui donnait pas d'action lorsqu'il avait transféré la possession et la propriété, à moins qu'il ne l'eût fait en vertu d'une promesse antérieure de donner, auquel cas il aurait la *condictio indebiti* (*Fragm. vatic.*, § 266; l. 21, § 1, *De donat.* (D., 39, 5).

tion de la loi ; car celui-ci n'est pas donataire, et en intentant l'action, « *suum petit.* »

d. Exception onerandæ libertatis causa (1). On appelle ainsi l'exception accordée à l'affranchi contre son patron, lorsque ce dernier, profitant de l'état de sujétion dans lequel son ancien esclave se trouvait vis-à-vis de lui, a accompagné de conditions par trop onéreuses le bienfait de la liberté. Si le patron déléguait à un tiers cet affranchi, celui-ci ne pourrait opposer au délégataire l'exception qu'il avait contre le patron délégant, toujours par le motif que le délégataire « *suum recepit.* »

e. Exception tirée du BÉNÉFICE DE COMPÉTENCE (2). Les commentateurs appellent ainsi la faveur accordée à certaines personnes (3) de n'être condamnées que jusqu'à concurrence de leurs facultés. C'est ce bénéfice dont le délégataire n'avait pas à souffrir alors qu'il entravait cependant les droits du délégant. La loi 33, *De novat.*, en fait l'application au cas de donation, et dit que le donateur, délégué par le donataire auquel il pouvait opposer le bénéfice de compétence, ne pourra s'en prévaloir vis-à-vis du délégataire, « *quia creditor debitum persequitur.* »

(1) L. 1, §§ 1 et 10, Quar. rer. act. non datur (D., 44, 5).

(2) L. 33, *De novat.* (D., 46, 2). Ce bénéfice a été établi par un rescrit d'Antonin (l. 33, *De jure dot.*).

(3) C'étaient : l'ascendant, le patron, l'associé, le donateur, le débiteur ayant fait cession de biens, les conjoints (Instit., 4, 6, §§ 38, 40, 37 ; l. 20, *De re judicata*, D., 42, 1).

100. Ici s'élève une question assez délicate. C'est celle de savoir si, lorsque le délégataire est un mari, il pourra poursuivre le donateur de sa femme *pour le tout*, comme un délégataire ordinaire? ou bien si le donateur délégué pourra lui opposer l'exception *quod facere potest*? En s'en tenant à la règle générale exprimée dans la loi 19, *De novationibus* : « *Doli exceptio quæ poterat deleganti opponi, cessat in persona creditoris cui quis delegatus est*; IDEMQUE EST, ET IN CÆTERIS SIMILIBUS EXCEPTIONIBUS, » on devrait dénier au donateur la possibilité d'opposer cette exception au mari délégataire. Celui-ci n'est-il pas en effet un délégataire à titre onéreux? Ne reçoit-il pas la dot pour subvenir aux charges du mariage? Il doit par conséquent être traité comme tout créancier qui fait son affaire. Ceci résulte d'ailleurs de textes formels (1). Ne serait-il même considéré que comme délégataire à titre gratuit, ce qui serait faux, le mari pourrait encore poursuivre pour le tout le donateur délégué, ainsi que le décide clairement la loi 33, § 3, *De donat*. (D. 39,5). Tous ces points, établis par des textes précis, sont cependant contredits par un fragment d'Ulpien, la loi 33, *De jure dôtium*. Il y est dit, en effet, que les risques de l'insolvabilité de celui qui a promis la dot et qui n'a pas été poursuivi à temps, les-

(1) L. 41, pr., De re judicata (D., 42-1); l. 78, § 5, De jure dotium (D., 23, 3); l. 9, § 1, De condict. causa data (D., 12, 4); l 4, § 21, l. 5, § 5, De doli mali et met. except. (D., 44, 4).

quels retombent sur le mari lorsque la promesse a eu lieu *ex necessitate*, ne le regardent pas, alors que la dot a été promise *ex voluntate*, c'est-à-dire dans l'intention de faire une libéralité à la femme. Et cela, ajoute le texte, parce qu'il ne faut pas user de rigueur envers le mari qui, s'il eût actionné le donateur de sa femme, n'eût pu le faire condamner que jusqu'à concurrence de ses facultés (1). La loi 33 semble donc venir renverser la théorie qui veut que le donateur délégué ne puisse opposer au délégataire le bénéfice de compétence. Cujas (2) a tenté une conciliation ingénieuse, en donnant pour sujet à la phrase dont il s'agit la femme et non le mari (3). Pothier (4) et Glück (5) ont adopté la même explication. Nous préférons, quant à nous, dire avec M. Pellat (6) que Ulpien, plus équitable et plus hardi novateur que Paul dans la l. 41, *De re judic.* (D. 42, 1), a pensé que le

(1) « Parcendum marito, qui eum non præcipitavit ad solutionem, qui donaverat, quemque in id quod facere posset, si convenisset, condemnaverat. »

(2) Observat., 12-17 (t. 3, col. 370).

(3) « Parcendum marito qui eum non præcipitavit ad solutionem, « qui donaverat *mulieri*, quemque *mulier* in id quod facere posset, « si IPSA convenisset, condemnatura erat. » Cette manière de lire et d'entendre la phrase est contraire aux règles de la syntaxe, car le verbe principal de la phrase, « *præcipitavit*, » ayant pour sujet le mari, ce sujet ne peut changer sans que rien ne l'indique.

(4) Pand., Soluto matrim. (D., 24, 3), nº 71, notes 5 et 6.

(5) Pand., t. 24, p. 440.

(6) L. 33, De jure dot., p. 144.

mari différait d'un délégataire ordinaire, en ce que devant participer à la reconnaissance de sa femme envers le donateur, il laisse celui-ci jouir du bénéfice de compétence. Ce donateur n'est-il pas aussi d'ailleurs poursuivi dans l'espèce pour le compte de la femme donataire, à laquelle la dot ainsi obtenue sera restituée à la dissolution du mariage?

101. *Exceptions à la règle.* Il est certains cas où le délégué peut opposer au délégataire les exceptions dont il pouvait se prévaloir vis-à-vis du délégant (1); on en peut citer trois principaux :

a. Exception du S.-C. Velléien (2). Après s'être obligée pour autrui envers Titius, la femme se fait déléguer par lui à Seius. Elle avait l'exception du sénatus-consulte contre Titius; elle l'aura également contre Seius; le motif en est donné par Ulpien dans la loi 19 : « *Nam in secunda promissione intercessit est.* » Julien partage le même avis. Mais Marcellus soutient le contraire (3) en disant qu'il n'y a dans ce cas qu'une seule intercession, celle envers Titius, la délégation que la femme accepte vis-à-vis de Seius n'ayant pas tant lieu *animo intercedendi* que pour

(1) C'est, dans les deux premiers cas du moins, parce que la deuxième promesse est entachée du même vice que la première. On invoque alors l'exception naissant de la nouvelle obligation et non de l'ancienne (Doneau, *De jure civili*, lib. 16, cap. 20, nº 28). Il n'y a donc pas là, à proprement parler, d'exception à la règle générale.

(2) L. 19, De novat. (D., 46, 2).

(3) L. 8, § 2, Ad S.-C. Velleianum (D., 16, 1).

changer de créancier et faire ainsi sa propre affaire (1). La seconde obligation ne constituant pas une intercession, la femme serait privée de l'exception du S.-C., sauf son recours contre le délégant. Tout en constatant cette divergence d'opinions, nous préférons accorder à la femme déléguée l'exception, avec Ulpien et Julien, et nous donnerons au délégataire l'action restitutoire contre le délégant (2).

b. Restitutio in integrum (3). Lorsqu'un mineur de 25 ans s'est obligé et a été lésé, puis qu'il se laisse déléguer avant l'âge de 25 ans, il pourra se faire restituer contre le délégataire comme il l'aurait pu envers le délégant ; car le même vice entache la nouvelle obligation.

c. Bénéfice de compétence (4). Il peut arriver qu'il soit opposable par le délégué au délégataire aussi bien qu'au délégant. Voici l'espèce (5) : Une femme se remarie après son divorce. Ses intérêts et ceux de son premier mari n'étant plus communs, elle a le droit de redemander sa dot par l'action *rei uxoriæ* ; mais

(1) V. Poth., Pand., Ad S.-C. Velleianum (16, 1), n° 26, note 7.

(2) L. 8, § 9, Ad S.-C. Velleianum (D., 16, 1).

(3) L. 19, De novat. (D., 46, 2).

(4) C'est le seul cas qui constitue une véritable exception à la règle de la loi 19, *De novat.*

(5) L. 32, *Soluto matrimonio* (D., 24, 3). A cette hypothèse on peut ajouter celle de la loi 33, *De jure dotium* (D., 29, 3), dans laquelle Ulpien soutient que le donateur délégué par la femme donataire peut opposer au délégataire le bénéfice de compétence (V. p. 101).

celui-ci jouit vis-à-vis d'elle du bénéfice de compétence (1). Le premier mari est délégué par la femme au second pour lui promettre cette dot. Il pourra également opposer à celui-ci le bénéfice de compétence, car il est convenable que le second mari ait pour le premier les mêmes égards que ceux qu'on exige de la femme. Il est vrai que cette solution semble être contredite par le texte suivant (2) : « *Quod si maritus plus constituit ex dote quam facere poterat : quia debitum constituerit,* IN SOLIDUM QUIDEM TENETUR, *sed mulieri, in quantum facere potest, condemnatur.* » Mais on peut dire que dans cette loi l'espèce est différente, le créancier n'étant pas un second mari (3).

102. 2° *La délégation est* A TITRE GRATUIT. Ici la solution est toute différente de celle que nous avons donnée lorsque la délégation est à titre onéreux. Le délégataire, agissant *ex causa donationis*, ou alors qu'il n'était pas réellement créancier du délégant, pourra être repoussé par toutes les exceptions dont le délégué jouissait envers le délégant (4). Il ne combat plus, en effet, comme dans le cas précédent, *de*

(1) Instit., 4, 6, § 37. L. 12, Soluto matrim. (D., 24, 3); l. 20, De re judicata (D., 42, 1).

(2) L. 3, pr., De pecunia constituta, D , 13, 5.

(3) On a dit aussi que, dans la loi 3, le chiffre de la dot était bien déterminé, tandis qu'il ne l'était pas dans la loi 32.

(4) Arg., l. 2, §§ 3 et 4, De donationib. (D., 39, 5); l. 7, pr., et § 1, De doli mali et metus except. (D., 44, 4).

damno vitando, mais bien *de lucro captando*, puisqu'il n'est pas créancier et qu'on ne peut pas dire de lui *« suum recipit. »* Ce qui est remarquable dans la délégation à titre gratuit, c'est le soin qu'ont pris les textes de protéger le délégué. Celui-ci ne pourra pas seulement recourir contre le délégant, comme dans la délégation à titre onéreux ; mais il aura contre le délégataire une arme à double tranchant : l'exception ou l'action ; une *condictio incerti* pour obtenir acceptilation de la stipulation (1). Nous raisonnons toujours dans l'hypothèse où le délégué ignorait l'existence des exceptions dont il pouvait se prévaloir. Dans le cas contraire il ne pourrait plus les invoquer, étant censé en avoir fait remise (2).

B. Effets du contrat de mandat intervenu entre le délégant et le délégué.

103. Le mandat donné par le délégant à son débiteur le libère envers lui, lorsqu'il est suivi d'un nouvel engagement du délégué envers le délégataire. Mais le délégué, en s'obligeant envers le délégataire, peut subir un préjudice dans l'exécution de son mandat. Pourra-t-il se faire indemniser par le délégant ?

104. Quelques distinctions sont nécessaires :

1° Le délégué est le débiteur du délégant et ne jouit

(1) Mêmes textes.
(2) L. 12, De novat. (D., 46, 2).

d'aucune exception envers lui. Il ne peut élever aucune réclamation. L'extinction de sa dette lui tient lieu de toute indemnité.

2° Le délégué n'est pas le débiteur du délégant, ou bien l'étant, il peut paralyser son action par un moyen de défense quelconque. Il faut ici sous-distinguer :

a. Le délégué a-t-il agi *animo donandi* vis-à-vis du délégant ? aucun recours ne lui est accordé. On lui présume même cette intention, lorsqu'il a accepté la délégation, ayant connaissance de l'exception qu'il pouvait opposer au délégant (1).

b. Le délégué a-t-il agi sans intention de libéralité? les voies de recours lui sont ouvertes contre le délégant. Ce seront : la *condictio certi*, s'il a payé au délégataire ; la *condictio incerti* si, n'ayant pas payé, il veut obtenir sa libération ; ou, s'il le préfère, l'action *mandati contraria* (2), sans pouvoir toutefois cumuler ces divers moyens d'action.

C. Effets du contrat de mandat intervenu entre le délégant et le délégataire.

105. L'acceptation de la délégation par le délégataire libère le délégant. Mais il se peut qu'avant le

(1) « Similis videbitur ei qui donat. » L. 12, De novat. (D., 46, 2.)
(2) L. 12. De novat. (D., 46, 2).

paiement le délégué devienne insolvable. Sur lequel, du délégataire ou du délégant, retomberont les risques de l'insolvabilité? En principe, sur le délégataire. Car, en éteignant une obligation il lui en a substitué une autre, dans laquelle il doit supporter les chances d'insolvabilité du nouveau débiteur (1), comme il supporterait celles du premier. Ne s'est-il pas d'ailleurs contenté de la créance pour paiement? « *Bonum nomen facit creditor qui admittit debitorem delegatum* (2). Pourquoi se plaindrait-il d'une situation qu'il s'est créée lui-même? C'est ce qui fait que Papinien lui refuse toute action contre le délégant (3).

106. Tous les auteurs reconnaissent toutefois deux cas dans lesquels le délégant répond de l'insolvabilité du délégué. Ce sera : 1° lorsque le délégataire n'accepte la délégation qu'aux risques et périls du délégant (4). Il aura alors contre ce dernier l'action *mandati contraria*, pour se faire indemniser de tout préjudice, à moins seulement qu'on n'ait à lui reprocher quelque faute (5), comme d'avoir trop tardé à

(1) En effet : « *nomen ejus secutus est* » (l. 45, § 7, *Mandati vel contra*, D., 17, 1).

(2) L. 20, § 2, Mandati (D. 17, 1).

(3) L. 68, § 1, De evictionibus (D., 21, 2).

(4) L. 22, § 2; l. 45, § 7, *Mandati* (D., 17, 1). C'est une des hypothèses indiquées par les Institutes (3, 26, § 2), comme exemple d'un mandat dans l'intérêt du mandant et du mandataire.

(5) L. 25, De reb. creditis (D., 12, 1); l. 37, § 1, De neg. gestis (D., 3, 5).

poursuivre le délégué. — 2° Lorsque le délégataire n'a contracté que par suite des manœuvres dolosives du délégant. L'action de dol lui est accordée dans ce cas.

107. Ici se place une question importante et vivement discutée, qui s'élève dans l'hypothèse où la femme s'est constitué une dot par délégation (1). Une première opinion, appliquant la règle générale, veut que le mari délégataire supporte les risques de l'insolvabilité du délégué ; une seconde, que ces risques tombent sur la femme, qui joue le rôle de délégant.

108. A l'appui du premier système, on fait valoir les arguments suivants : Il est arbitraire de favoriser le mari aux dépens de la femme, en rejetant sur cette dernière les risques de l'insolvabilité du délégué, surtout lorsqu'aucune loi n'autorise à le faire. Le mari, en acceptant un nouveau débiteur, l'a pris pour bon et a voulu courir les risques. La règle : « *Bonum nomen facit creditor qui admittit debitorum delegatum* » (2), loin d'être abandonnée par les textes, semble au contraire être toujours observée, à moins de convention contraire. C'est ce qui résulte en effet du fragment suivant d'Ulpien : (3) « ... *Quamvis (maritus) pacisci possit ne sit periculo ejus, nomen*

(1) V. M. Pellat, commentaire *de jure dot*, l. 41, § 3.
(2) L. 26, § 2, Mandati (D., 17, 1).
(3) L. 6, De pactis dotalibus (D., 23, 4).

debitoris qui ei dotem promisit; nam et ut sit dos periculo mulieris pacisci eum posse probat... » On ne dirait pas qu'il peut être convenu que la créance contre le délégué ne sera pas aux risques du mari, mais bien à ceux de la femme, si la délégation *dotis causa* était en principe ainsi faite aux risques de cette dernière; cette convention serait sans utilité, puisqu'elle ne ferait que répéter ce qui serait la règle générale.

109. Pour défendre le second système on raisonne ainsi : La différence entre la position du délégataire ordinaire et celle du mari est profonde et radicale. Le premier a voulu, en acceptant la promesse du délégué, éteindre une obligation pour lui en substituer une autre. Il a consenti à échanger sa créance bonne ou mauvaise contre une autre créance, quelle qu'en soit la nature. Il a fait un contrat aléatoire. De quoi se plaindrait-il ? Il en est tout autrement du mari délégataire. Son but n'a pas été, en effet, d'éteindre une obligation préexistante ; il n'a voulu qu'en faire naître une à son profit. Comment d'ailleurs le forcer de rendre ce qu'il n'a pas reçu, alors qu'on n'a aucune négligence à lui imputer ? Cette opinion n'est pas seulement fondée sur l'équité, mais se trouve encore corroborée par plusieurs lois, qui toutes ne mettent les risques à la charge du mari que lorsqu'il y a faute ou négligence de sa part (1). Enfin, on peut argumen-

(1) L. 33, l. 35, l. 49, De jure dotium (D., 23, 3).

ter encore avec avantage, en faveur de ce système, de deux autres textes (1).

Quant à la loi 6, *De pactis dotalibus*, invoquée dans l'autre opinion, on peut la combattre en disant qu'elle fait seulement allusion à l'un de ces cas où le mari aurait paru assumer sur lui les chances d'insolvabilité du délégué, recevoir la délégation à ses risques et périls, par exemple, en touchant des intérêts du débiteur délégué (2), en n'agissant pas en temps utile contre lui (3), en faisant novation ou acceptilation avec lui sans consulter sa femme (4), en ayant connaissance de l'insolvabilité du délégué au moment de la délégation (5) ; qu'en prévoyant d'ailleurs aussi le cas où les risques sont pour la femme, elle n'a aucun caractère de généralité, et se rapporte uniquement à des hypothèses particulières.

110. Cette dernière solution nous semble sans contredit la plus raisonnable et celle marchant le plus d'accord avec les textes. Aussi pensons-nous bien que l'insolvabilité du délégué était aux risques de la femme, sauf les cas où le mari délégataire les avait pris à sa charge expressément ou tacitement. Mais il règne

(1) L. 56, pr., De jure dot. (D., 23, 3); l. 49, [illegible], Soluto matrimonio (D., 24, 3).

(2) L. 71, De jure dot. (D., 23, 3).

(3) L. 33, in principio, eodem titulo.

(4) L. 35, l. 49, eod. tit.

(5) L. 41, § 3, eod. tit.

toutefois une certaine confusion dans la manière dont la question a été posée. Cela est tellement vrai, qu'il est possible de concilier l'opinion que nous adoptons avec le principe ordinaire en matière de délégation. En effet, tout le monde convient que l'insolvabilité du débiteur de la dot ne donne aucun recours au mari délégataire contre la femme délégante, et cependant le mari n'en devra pas moins, dans cette hypothèse, pourvoir aux charges du mariage. Il a voulu une promesse de dot, il l'a acceptée de plein gré; s'il n'est pas payé par suite de l'insolvabilité du délégué, qu'il en supporte la chance.

On voit donc que, jusqu'ici, les risques retombent bien sur le mari délégataire. Mais, lorsqu'il s'agira de restituer la dot, la question change de face. L'ordre d'idées est tout différent : on se trouve en présence de l'action *rei uxoriæ*, action de bonne foi, dans laquelle le juge doit examiner *quid æquius melius*. Or, est-il équitable de condamner le mari à restituer une dot qu'il n'a pas reçue, alors qu'on n'a aucune faute ou négligence à lui imputer, et qu'il n'a pas assumé sur lui les risques de l'insolvabilité du délégué ? La femme souffrira donc, dans ce cas; mais on peut faire observer qu'elle joue alors le rôle de créancière de la dot, et non plus de délégante.

§ 3. *Combinaison des principes du S.-C. Velléien avec ceux de la délégation.*

111. Le S.-C. Velléien (1), rendu sous l'empereur Claude, peu de temps après la suppression de la tutelle des femmes, défendit d'une manière générale : « *Ne pro ullo feminæ intercederent* (2). » Il constitua un progrès de plus dans la législation. Avant lui, en effet, des édits d'Auguste et de Claude s'étaient contentés de prohiber l'intercession des femmes pour la dette de leur mari : « *Ne feminæ pro viris suis intercederent* (3). » Ce S.-C. fut rendu dans un but tout de protection, afin de mettre à l'abri de leur entraînement ou de leur faiblesse les femmes qui se rendaient rarement compte de la gravité des engagements qu'elles contractaient (4). En défendant aux femmes les intercessions pour autrui, il leur accordait, comme sanction de sa prohibition, une exception ou même la *condictio indebiti*, en cas de paiement (5).

(1) Ainsi nommé de Velleius Tutor, l'un des deux consuls qui en présentèrent les termes à l'approbation du sénat.

(2) L. 1, pr., *Ad S.-C. Velleianum* (D., 16, 1). Dans le même sens *Pauli sentent.*, 2, 11, § 1.

(3) L. 2, pr., Ad S.-C. Velleianum (D., 16, 1).

(4) Il existait néanmoins plusieurs exceptions à l'application du S.-C. Velléien (V. *Poth. ad Pandectas*, 16, 1, nos 18 à 35).

(5) C. 3, C. 9, *Ad S.-C. Velleianum* (Cod. 4, 29). La femme

112. L'intercession comprend tout acte par lequel on s'oblige personnellement, ou par lequel on oblige sa chose pour un tiers, dans l'intérêt de ce tiers. On peut ramener aux cas suivants les intercessions interdites aux femmes : 1° l'*adpromissio* (ce qui comprend la *fidejussio*, la *sponsio*, la *fidepromissio*) ; 2° l'*expromissio* (entendue *lato sensu*) ; 3° le *mandatum pecuniæ credendæ* ; 4° le *constitutum debiti alieni* ; 5° le gage et l'hypothèque pour la dette d'autrui. — De la définition que nous avons donnée de l'intercession, il résulte que la femme peut s'obliger pour ses propres affaires (1), payer pour autrui (2), déléguer son débiteur à un créancier étranger (3), accepter une succession onéreuse (4). Mais pourrait-elle, après

avait même la revendication de l'objet donné en gage (l. 39 et 40, *De rei vindicat.* D., 6, 1. Voir le commentaire de M. Pellat sur ces lois, p. 273, 274).

(1) Argument de la loi 9, § 2, De S.-C. Macedoniano (D., 14, 6).

(2) L. 5 *Ad. S.-C. Velleian.* (D., 16, 1). Il faut, dans ce cas, s'appauvrir sur-le-champ, se dessaisir de ce qu'on possède. Le sacrifice étant plus dur et plus immédiat, la femme se laissera moins facilement entraîner que pour contracter une obligation dont l'esprit ne saisit pas aussi bien l'importance.

(3) L. 8, § 5, eod. tit. — Mais, si elle avait délégué comme son débiteur celui qui ne lui devait rien, l'exception du S.-C. sera accordée au délégué vis à vis du délégataire, aussi bien qu'à la femme déléguante vis à vis du délégué. Il y a là, en effet, fraude au S.-C., puisque la femme est obligée, par l'action *mandati contraria*, de rembourser au délégué ce qu'il paierait. L. 8, §§ 4 et 6, *Ad S.-C. Velleianum* (D. 16, 1).

(4) L. 32, pr. eod. tit.

avoir renoncé au bénéfice du S.-C., intercéder valablement? Le doute n'est pas permis dans trois cas prévus par des textes où la question est résolue affirmativement, savoir: 1° lorsque la femme est prête à défendre en justice pour un tiers (1); elle ne peut alors se faire illusion sur la gravité de l'acte; c'est comme s'il y avait numération d'espèce; 2° lorsqu'après un délai de deux ans la femme, majeure de 25 ans, renouvelle l'intercession par un acte exprès (2); 3° lorsqu'elle veut être tutrice de ses descendants (3). Hors ces cas nous ne croyons pas la renonciation possible. La même faiblesse qui demandait qu'on protégeât la femme contre ses engagements voulait qu'on lui interdît la renonciation à la faveur du sénatus-consulte. On va si loin dans ce système de protection, qu'on permet à la femme de répéter ce qu'elle a payé; d'opposer l'exception même après la délégation acceptée (4). Pourquoi les idées seraient-elles différentes lorsqu'il s'agit de renonciation (5)?

113. Déterminons maintenant dans quels cas la no-

(1) L. 32, § 4, eod. tit. « Cavere debebit exceptione se non usuram. » L. 41, De procurator. (D., 3, 3); l. 2, § 5, Ad S.-C. Velleian. (D., 16, 1).

(2) C. 22. Ad S.-C. Velleianum (Code 4, 29).

(3) Novelle 118, ch. 5.

(4) L. 19, De novat. (D., 46, 2); l. 40, De condict. indebiti (D., 14, 16).

(5) Cette question est controversée. En sens contraire, Vangerow, *Leitfaden fur pandecten Vorlesungen*, tom. 3, p. 156, 160; Mühlenbruch, *Doctrina Pandectarum*, § 488.

vation, constituant une intercession, peut tomber sous le coup du S.-C. Velléien. Il ne peut d'abord pas évidemment être question d'intercession lorsque la novation a lieu ***inter easdem personas.*** Le promettant agit dans ce cas pour son compte et ne se charge pas de l'obligation d'autrui. L'expromission constitue au contraire une intercession, sauf le cas où la femme est débitrice de celui pour lequel elle s'oblige (1). Dans cette hypothèse elle fait sa propre affaire ; or, le S.-C. ne s'applique pas lorsque l'intercession de la femme ne l'appauvrit pas (2). Il faut en dire autant de la délégation : elle constitue une intercession lorsque la femme ne doit rien au délégant (3). Si elle était réellement débitrice de celui-ci, elle ferait sa propre affaire et s'obligerait valablement (4). Elle n'a plus d'ailleurs besoin d'exception, puisque sa dette est éteinte ***ipso iure.*** Un nouveau cas d'intervention a lieu dans la délégation *per litis contestationem.* Lorsque la femme se présente en justice pour un tiers, afin d'assumer sur elle la condamnation, elle doit être considérée comme intervenant pour autrui (5). Nous savons toute-

(1) Elle pourra alors repousser son ancien débiteur par la compensation, d'après le rescrit de Marc-Aurèle.

(2) L. 21. pr. C., 16, pr. Ad. S.-C. Velleian. (D., 16, 1).

(3) La femme pourra dans ce cas user de l'exception du S.-C. envers le dél gataire qui la croyait débitrice du délégant. L. 17 pr., *Ad. S.-C. Velleian.* (D., 16, 1).

(4) L. 24. pr. Ad. S.-C. Velleianum (D., 16, 1).

(5 L. 2, § 5, eod. tit. « Suscipit enim in se alienam obligationem. »

fois qu'elle pouvait renoncer à l'exception au moment de se présenter en justice (1). De plus, elle n'est pas censée intervenir lorsqu'elle a intérêt à défendre un tiers en justice, tel qu'un *fidéjusseur* ou celui qui lui a vendu une hérédité (2), lesquels étant condamnés auraient eu recours contre elle.

114. Il peut arriver que l'exception du S.-C. soit opposée par d'autres que la femme : tels sont ses fidéjusseurs et le délégué qui ne lui doit rien (3). Le motif de cette décision n'apparaît pas bien nettement de prime abord. On pourrait dire qu'on accorde au tiers délégué l'exception qui protégeait la femme, pour empêcher ainsi l'action *mandati contraria* qu'il a contre elle, et la mettre à l'abri des conséquences de son intercession. Cette raison néanmoins n'est pas suffisante, car il faudrait autrement conclure que le fidéjusseur intervenu *animo donandi*, ne peut user de l'exception, puisque l'action de mandat ne lui compète pas contre la femme. C'est ce que soutenait Cassius. L'opinion contraire de Julien finit cependant par prévaloir ; aussi dirons-nous avec lui que l'exception doit être concédée au fidéjusseur, alors même que l'action de mandat lui est refusée contre la femme : « *Quia totam obligationem senatus improbat* (4). » Le S.-C. Velléien a

(1) L. 32, § 1, eod. tit.
(2) L. 3, eod. tit.
(3) L. 6, l. 8, § 1, eod. tit.
(4) L. 16, § 1, eod. tit.

en effet improuvé l'obligation tout entière, les accessoires aussi bien que le principal. Quant au créancier, ses intérêts ne seront nullement lésés par la loi. Écarté par l'exception du S.-C., il sera rétabli dans l'action éteinte par l'intervention de la femme (1), alors même qu'il aurait libéré son débiteur par acceptilation avant que la femme ne fût intervenue (2). Bien plus, comme il est équitable que le fait de la femme ne nuise pas au créancier innocent, il recouvrera son action primitive avec tous ses avantages (*integra causa pristina restituenda est*) (3), avant même que la femme ait payé (4) ou que la condition ou le terme de l'obligation soit arrivé (5).

(1) L. 16, § 1, in fine, Ad. S.-C. Velleian. (D., 16, 1); C., 16, Ad S.-C. Velleian. (Code, 4, 29).

(2) L. 8, § 7, Ad. S.-C. Velleian. (D. 16, 1).

(3) L. 14, eod. titulo.

(4) L. 24, § 2, eod. tit. — Autrement le créancier pourrait, par suite du retard apporté à l'exercice de son droit, trouver son ancien débiteur insolvable.

(5) L. 13, § 2, eod. tit. — Qu'importe, en effet, que la condition s'accomplisse ou non, puisque, en tous cas, le débiteur primitif doit être poursuivi.

DEUXIÈME PARTIE

DE LA NOVATION IMPARFAITE OU DES EFFETS DE LA LITIS CONTESTATIO.

115. L'effet général de la *litis contestatio* peut se résumer dans cette idée, qu'il faut que le demandeur ait tout ce qu'il aurait eu si on lui avait rendu justice au moment de la *litis contestatio.* L'étymologie de ce mot remonte au temps des actions de la loi, où l'usage des formules étant encore inconnu, les parties prenaient solennellement des personnes comme témoins de ce qui s'était passé devant le magistrat : c'était le dernier acte de la procédure *in jure.* De là l'expression *litem contestari*, parce que les parties invoquaient ce témoignage (1) à défaut d'écrit émané du préteur est destiné à guider le juge dans sa mission. Sous le système formulaire, les mots : *litis contestatio, litem contestari* ne désignent plus une invocation solennelle de témoin, mais la délivrance de la formule, la clôture de la partie du procès qui se passe devant le magistrat (2). C'est ce qui résulte princi-

(1) V. Festus, au mot *Constestari* : « *Contestari litem dicuntur duo aut plures quod, ordinato judicio, utraque pars dicere solet* : TESTES ESTOTE »

(2) On a soutenu que la *litis contestatio* se passait devant le

palement des Institutes (1), qui permettent à chaque *fidéjusseur* d'invoquer le bénéfice de discussion d'après le nombre des fidéjusseurs solvables, *litis contestatæ tempore*. Or, comme le préteur seul avait le pouvoir de diviser l'action, si la *lit. contest.* n'avait eu lieu qu'après la procédure *in jure*, il aurait fallu qu'il pût lire dans l'avenir pour diviser l'action d'après la règle ci-dessus. Un texte de Papinien (2) vient aussi à l'appui de ce que nous avançons ; les mots : « *in addicendo* » correspondent, quant à leur date, avec la *litis contestatio*. En effet, la nomination du juge

juge, en se fondant sur la l. 1, au Code, *De litis contest.* (3, 9) : « *Lis enim tunc contestata videtur cum judex per narrationem judicii causam audire cœperit.* » Plusieurs explications ont été données pour écarter ce texte : 1° C'est une disposition passagère, particulière à l'époque des empereurs, qui ont rendu cette constitution (Heffter, Institut., n° 285) ; 2° le mot *judex* y est pris *improprio sensu*, et y désigne non le juge, mais le magistrat ; 3° la constitution appartient à une époque postérieure à l'abolition de l'*ordo judiciorum* ; c'est par erreur qu'elle a été attribuée à Sévère et Antonin (Bonjean, t. 1, p. 475) ; 4° c'est bien sous l'empire du système formulaire que cette constitution a été rendue, mais elle prévoit le cas d'un *extraordinarium judicium*. Il est vrai que le texte n'indique pas expressément cette circonstance ; mais nous n'en avons probablement qu'un fragment. C'est ce qui ressort du rapprochement de la loi 3, *De edendo* (C., 2, 1.), qui, à en juger par sa date, faisait partie de la même constitution que la l. 1, *De lit. contestat.* Dès lors le mot *judex* peut être employé pour *magistrat*, sans équivoque (de Savigny, t. 6, p. 18 et suiv.) ; 5° le texte est interpolé. Primitivement le mot *magistratus* devait s'y trouver : cette opinion nous paraît la plus probable.

(1) Instit., De fidejussoribus (3, 20, § 4).

(2) L. 39, pr., De judiciis (D., 5, 1).

est un acte qui se passe *in jure*, puisque le juge est nommé dans la formule : (« *judex esto* »). C'est cet acte qui constitue en même temps le *judicium acceptum*. Or, en disant que le *judicium* (c'est-à-dire la *litis contestatio*) (1) peut avoir lieu en l'absence du *judex*, il en résulte que la *lit. cont.* est un acte fait sans la participation du juge, et a lieu *in jure* (2). Sous le système des *judicia extraordinaria* la *litis contestatio*, quoiqu'ayant perdu de son importance, est encore nécessaire. Ne fallait-il pas, en effet, déterminer le moment avant lequel les exceptions dilatoires devaient être opposées ; établir l'époque à partir de laquelle le détenteur devenait comptable des fruits, et ne pouvait plus aliéner la chose litigieuse, sous Justinien ? etc...
Il est généralement admis que la *litis contestatio* n'est plus, sous ce système, que l'exposé contradictoire

(1) Le mot *judicium* est employé dans deux sens : tantôt il signifie *action*, comme dans l'édit, lorsque le préteur s'exprime ainsi : *Judicium dabo* (l. 3, *De neg. gestis*. D., 3, 5); tantôt le droit de suivre l'*instance* et le cours de cette *instance* devant le *judex* (Inst., *De act.*, pr. *et* l. 51, *De oblig.* et *act.*, D., 44, 7). En s'attachant au premier sens du mot *judicium*, il en résulte que littéralement *judicium acceptum* signifie réception de la formule. D'un autre côté, les textes mettent sur la même ligne, comme synonymes, *judicium acceptum* et *lis contestata* (V. l. 29, *De novat.*, D., 46, 2. — L. 16 et 17, *De procurat.*, D., 3, 3. — L. 25, *De ædil. edicto*, D. 21, 1). — Donc la *litis contestatio* est la délivrance de la formule.

(2) MM. Ducaurroy, n. 1175, n. 2; Zimmern, p. 356, n. 12; De Savigny, t. 6, p. 15 à 17.

et sommaire de l'affaire présentée au juge au commencement du débat (1).

116. Les effets de la *litis contestatio* sont nombreux et complexes (2). Il ne rentre pas dans notre cadre de les développer tous. Mais parmi eux, il y en a un surtout qui se rattache intimement à notre matière : c'est la consommation du droit en justice, ou ce qu'on appelle généralement *novation judiciaire* (3). Cette expression, adoptée par la plupart des commentateurs, est au moins douteuse, en ce que les Romains n'ont établi dans aucun texte, d'une manière tranchée, de distinction technique entre l'une et l'autre novation (4). La loi 29, *De novationib.* (D. 46, 2) oppose, bien la *novatio voluntaria* au *judicium acceptum.* Mais le mot *voluntaria* n'est dans ce texte qu'une expression explicative (5).

(1) C. 1, De litis contest. (Code, 3, 9).

(2) Elle constitue un quasi-contrat judiciaire. Elle rend les actions temporaires perpétuelles et les actions pénales transmissibles contre les héritiers. Elle détermine les objets et les personnes qui doivent figurer au procès. Elle impose au détenteur l'obligation de rendre la chose et ses produits. Elle interrompt la *prescriptio longi temporis*, etc.

(3) Cette espèce de novation a été aussi surnommée *forcée*. Mais cette dénomination est inexacte lorsque c'est une personne autre que le débiteur qui s'offre au procès pour lui. La délégation peut, en effet, se faire *per litis contestationem*, ainsi que cela résulte de la loi 11, *De novat.* (D., 46, 2). Or, quel acte plus volontaire y a-t-il que la délégation ? (L'expromission peut également avoir lieu *per litis contestationem* (l. 23, *De solut.*, D., 46, 3).

(4) Zimmern, p. 368.

(5) V. Keller, p. 89, 97. Ribbentrop, *Dissert. De novat.*, p. 17 et suivantes.

Remarquons, d'ailleurs, que Gaius (1) ne dit pas, comme les modernes, qu'il y a novation dans ce cas; il considère la *litis contestatio* comme un mode d'extinction *sui generis*. Il en est de même d'Ulpien (2) qui, tout en traitant la novation comme l'équivalent du paiement, puisqu'elle éteint le gage, a soin de nous dire que la *litis contestatio* ne peut être assimilée au paiement. En effet, elle n'éteint pas l'action hypothécaire. Il est vrai que deux textes (3) emploient le mot *delegatio* et *novatio* à propos de la *litis contestatio*. Mais on peut répondre, quant au premier, qu'il indique un moyen de nover volontairement en nommant quelqu'un *procurator in rem suam*, afin qu'il devienne *dominus litis* par la *litis contestatio*. Quant au second, il appartient à Justinien et se trouve, par conséquent, étranger au système formulaire sous lequel nous nous plaçons.

Néanmoins, comme la *litis contestatio* fait naître entre les parties, *quasi ex contractu*, l'obligation de suivre le cours de l'instance (4), et fait passer, dans certains cas, par plusieurs transformations successives le droit primitif, qui se trouve ainsi éteint *ipso jure* (5),

(1) G., §§ 180, 181.

(2) L. 11, pr. et § 1, De pignerat. act. (D., 13, 7).

(3) Fragm. vatic., § 263; C. 3, in fine, De usuris rei judicat. (Code, 7, 54).

(4) « Sicut in stipulatione contrahitur cum filio, ita judicio contrahi » (l. 3, § 11, De peculio D., 15, 1).

(5) Les Romains, embrassant toute la procédure jusqu'à la con-

nous appellerons cette espèce de novation *imparfaite*, parce qu'elle ne produit pas tous les effets de la novation véritable et que ce nom ne lui est pas attribué par les jurisconsultes de l'époque classique.

117. L'extinction du droit primitif par la *litis contestatio* n'a lieu *ipso jure* que lorsque les trois conditions suivantes se trouvent réunies : 1° un *legitimum judicium* (1) ; 2° une action *in personam* ; 3° une formule *in jus*. (2). Alors, seulement, il y a novation imparfaite. Une de ces conditions manque-t-elle ? le droit n'est plus éteint qu'au moyen de l'exception *rei judicatæ* ou *in judicium deductæ* (3), à la différence de ce qui avait lieu sous les actions de la loi, où les exceptions étaient inconnues (4). La raison de cette distinction se conçoit pour les deux dernières conditions. En effet, d'une part, la novation ne s'applique qu'aux droits person-

damnation, ont exprimé ainsi les diverses phases que parcourait le droit originaire : « *Ante litem contestatam debitorem dare oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem judicatum facere oportere* (G., 3, § 180).

(1) On donnait ce nom, comme par assimilation aux actions de la loi, aux instances introduites à Rome ou dans un rayon d'un mille, devant *l'unus judex*, citoyen romain, et entre des plaideurs citoyens romains ; dès que l'une de ces trois conditions faisait défaut, l'instance était dite *imperio continens*, et n'avait de durée que celle du magistrat auquel elle était soumise (G., 4, §§ 104, 105).

(2) G., 3, §§ 180, 181 ; 4, §§ 106, 107.

(3) Selon qu'il y avait eu jugement ou que l'instance était pendante ou périmée.

(4) G., § 108.

nels, et, d'autre part, la *litis contestatio* ne peut empêcher un fait d'exister. Quant au motif pour lequel la novation n'avait pas lieu dans les *judicia imperio continentia*, on peut dire qu'il était peut-être considéré comme trop rigoureux de concéder à une instance aussi précaire, à un moyen tiré de l'*imperium* du magistrat, le pouvoir d'éteindre *ipso jure* une prétention fondée sur le droit civil. Peut-être aussi les *judicia legitima* étaient-ils dans l'origine les seuls admis; et quand le préteur accorda des effets analogues à d'autres instances, il le fit au moyen d'une exception.

Du reste, la distinction des *judicia*, et son intérêt, au point de vue de la consommation du droit en justice, avaient complétement disparu dans le Bas-Empire. Tous les *judicia* étaient devenus *imperio continentia*, et l'extinction s'opérait toujours *exceptionis ope* (1). De sorte qu'on peut dire que la *litis contestatio* n'opère plus novation sous Justinien (2), et que pour y étudier ce qui peut se rapporter spécialement à la consommation *ipso jure* du droit du demandeur, il faut nous placer sous le système formulaire.

118. La novation qui résulte de la *litis contestatio*

(1) Institutes, De exceptionibus (4, 13), § 5.... « Nihilominus obligatio durat... sed debes per exceptionem rei judicatæ adjuvari. »

(2) Elle produit néanmoins toujours plusieurs effets dont l'énumération ne rentre pas dans notre sujet.

est loin d'être assimilée par les textes à celle qui dérive de la convention. On peut signaler entre elles les différences suivantes :

1° La première s'opère alors même que les parties diraient que telle n'est pas leur intention. Il en est autrement de la seconde.

2° La capacité est moins étendue dans la première que dans la deuxième. Ainsi point de possibilité de novation imparfaite pour les fils de famille, les actions qu'ils intentaient étant rédigées *in factum* (1).

3° La première opérera toujours sur une obligation pourvue d'action. Il peut ne pas en être ainsi de la seconde.

4° La novation imparfaite n'éteint pas les priviléges (2), gages (3), hypothèques (4), qui servaient de garanties à la créance primitive. En effet, la novation qui a eu lieu ne peut pas être imputée à faute au créancier. Elle a été la conséquence de l'inaccomplissement des engagements du débiteur. On ne peut en dire autant dans le cas de novation conventionnelle. Le créancier a consenti au changement de créance et a renoncé par là aux accessoires de l'ancienne (5).

(1) L. 9, l. 13, De oblig. et act. (D., 44, 7). G., 4, § 47.
(2) L. 29, De novat. (D., 46, 2).
(3) L. 11, pr. et § 1, De pignerat. act. (D., 13, 7).
(4) L. 13, § 4, De pignor. et hypoth. (D., 20, 1). C. 8, De pignor. et hypoth. (Code, 8, 14).
(5) M. Machelard, textes de droit romain commentés, p. 159.

5° La novation résultant de la *litis contestatio* n'interrompt pas le cours des intérêts conventionnels (1), à la différence de ce qui a lieu dans la novation volontaire (2). Ainsi, si les intérêts couraient avant la *litis contestatio*, ils continueront de courir après. C'est donc à tort que quelques auteurs ont prétendu que la loi 35, *De usuris*, signifiait que la *litis contestatio* faisait courir les intérêts moratoires dans les actions *stricti juris*.

6° La novation volontaire éteint radicalement la première obligation ; celle résultant de la *litis contestatio* laisse encore subsister une obligation naturelle (3).

7° Les créanciers héréditaires sont privés du droit de demander la séparation des patrimoines par la novation volontaire. La novation imparfaite ne leur enlève pas cette faculté (4).

119. L'idée principale qui régit la novation résul-

(1) L. 90, De verb. oblig. (D., 45, 1) ; l. 35, De usuris (D., 22, 1) ; C. 1, De judiciis (Code, 3, 1).

(2) L. 18, *De novat.* (D., 46, 2). « *Novatione legitime facta liberantur hypothecas et pignus, usuræ non currunt.* » Il est probable que cette loi contenait une antithèse sur ces points avec la *litis contestatio*. On ne la trouve néanmoins exprimée que relativement aux intérêts dans la loi 35, *De usuris*, qui doit évidemment s'y rattacher, ces deux fragments étant extraits de la même partie de l'ouvrage de Paul (livre 57, *ad edictum*), (V. M. Machelard, textes, p. 160 ; Savigny, t. 6, p. 146).

(3) L. 60, pr., De condict. indeb. (D., 12, 6).

(4) L. 1, § 10 ; l. 7, De separationibus (D., 42, 6).

tant de la *litis contestatio* et ses effets, est exprimée en ces termes dans la loi 29, *De novat.* : « *Neque enim deteriorem causam nostram facimus actionem exercentes, sed meliorem* (1). Il faut, toutefois, se garder de pousser ce principe jusqu'à ses dernières limites. En effet, lorsque le créancier agit contre un débiteur principal, ou contre un débiteur solidaire, les fidéjusseurs ou les codébiteurs sont libérés, avant Justinien (2), ce qui n'améliore nullement sa position (3).

120. Quel peut être dans cette hypothèse le motif

(1) Ainsi, le premier poursuivant, parmi les créanciers solidaires, s'attribue seul le bénéfice de la créance, s'il n'y a pas de société entre eux (l. 16, *De duob. reis*, D., 45, 2; l. 62, pr. *Ad legem Falcidiam*, D., 35, 2). Les actions temporaires deviennent perpétuelles (l. 139, *De regulis juris*, D., 50, 17). Les actions même pénales deviennent transmissibles aux héritiers du créancier et contre les héritiers du débiteur (l. 13, *De injuriis*, D., 47, 10; l. 58, *De oblig. et act.*, D., 44, 7).

(2) L. 51, § 4, *De evictionibus* (D., 21, 2). *Pauli sentent.*, 2, 17, § 16; l. 1, *De duob. reis* (D., 45, 2). Ce point fut changé par l'empereur Justinien dans sa constitution 28, *De fidejuss.* (Code, 8, 41); il n'admit plus la libération des divers co-obligés que par le paiement effectif.

(3) Nous trouvons un nouveau cas de dérogation à la règle de la loi 29 dans l'hypothèse où le débiteur a le bénéfice de compétence. En effet, s'il est condamné jusqu'à concurrence de ses facultés, il ne pourra plus, dans le droit des Pandectes, être inquiété pour la même dette, à cause, soit de l'extinction *ipso jure* de l'obligation, soit de l'exception *rei in judicium deductæ*, ou *rei judicatæ*. Mais, le créancier pouvait prévenir cet inconvénient en exigeant du débiteur, avant le jugement, une promesse de payer le surplus, s'il revenait à meilleure fortune (M. Pellat, *De jure dot.*, p. 145).

de dérogation au principe de la loi 29, *De novat.?* Une première opinion (1) attribue la libération des codébiteurs ou fidéjusseurs au résultat produit par la *litis contestatio*. L'idée d'une obligation unique, restant en suspens jusqu'à l'action, ne semble pas, dit-on, avoir été admise par les jurisconsultes (2). Il semble, au contraire, que les Romains reconnaissaient dans la dette corréale l'existence de plusieurs obligations (3) ; mais, comme elles formaient une même dette, quant à leur objet, on décidait que la *litis contestatio* qui amenait l'extinction de l'une produisait le même effet à l'égard de l'autre. Si le créancier, en agissant, éteint d'un coup toutes les obligations « (*Utramque consumet*), » le motif en est : « *Ut cum altera earum in judicium deduceretur, altera consumeretur* (4). C'est du reste ce que répète la constitution qui abroge cet état de choses : « CONTESTATIONE *contra unum* » (5). Un autre argument en faveur de ce système se tire de la loi 3, *De separationibus* (D. 42, 6). On y suppose

(1) M. Machelard, textes de droit romain commentés, p. 161 à 164.

(2) C'est ce qui ressort, dans cette opinion, de la loi 5 *in fine*, *De fidejuss.* (D., 46, 1), qui, dans cette hypothèse, semble poser formellement le principe de la pluralité d'obligation : « *Duas obligationes sustinet, duas species obligationis sustinebit.* »

(3) Ne voit-on pas en effet la loi 3, § 1, *De duob. reis* (D., 45, 2), permettre au créancier de poursuivre tous les codébiteurs, chacun pour sa part ?

(4) L. 5, De fidejus. in fine (D., 46, 1).

(5) C. 28, De fidejus. (Code, 8, 41).

qu'un créancier, ayant à la fois un débiteur principal et un fidéjusseur, le débiteur succède au fidéjusseur. Le créancier demande la séparation des patrimoines. Pourra-t-il, si le patrimoine du fidéjusseur est insuffisant, se retourner contre le débiteur principal? Oui, car bien que le créancier ait fait une option, il n'y a pas eu de *litis contestatio*, mais simplement une *venditio bonorum* (1).

Voici comment une seconde opinion rend compte du point en discussion. En réalité, dans la dette corréale, de même qu'il n'y a qu'un objet dû et qu'il n'est dû qu'une seule fois, il n'y a qu'une seule obligation. Seulement celui des *correi credendi* ou *promittendi* qui est réellement créancier ou débiteur est indéterminé. La *litis contestatio* opère détermination (2), de même que le choix, en matière de dettes alternatives, détermine l'objet dû. A plus forte raison l'effet de la *lit. cont.* est-il absolu quand il s'agit de fidéjusseurs. Que si l'on trouvait ce système bien rigoureux, on pourrait répondre qu'il ne dépendait que du créancier

(1) Rien n'empêche de conclure par analogie, à l'égard de deux *correi*, de ce que cette loi établit pour un *reus* et un *fidejussor* (V. sur cette loi Cujas, t. 4, *Oper. posthum.*, col. 692, 693).

(2) On comprend jusqu'à un certain point que la loi ait laissé au demandeur un choix sur lequel il ne fût plus possible de revenir après coup. Cela tient, d'une part, au système particulier qui faisait en général du bénéfice de la corréalité active le prix de la course, et d'autre part, à un système de faveur extraordinaire pour ceux qui s'obligeaient pour autrui ou les uns pour les autres, ainsi que le prouvent les lois *Furia*, *Apuleia* et le bénéfice de division.

d'en atténuer les effets, en demandant un *fidejussor indemnitatis* (1). Quant aux objections du système contraire, on peut les combattre de la manière suivante : En vain, dit-on, d'après la loi 3, § 1, *De duob. reis* (45, 2), que le créancier pouvait poursuivre à la fois pour partie les différents débiteurs, ce qui est incompatible avec l'unité de dette. C'est qu'alors le créancier renonce pour partie au bénéfice de la corréalité. Cette différence avec le cas de dette alternative, où le créancier ne peut demander partie des deux objets, s'explique par son utilité pratique et toute favorable aux obligés. Pour ce qui est de l'argument tiré de la loi 5, *De fidej.* (46, 1), on peut répondre que Ulpien n'a considéré la dette corréale comme renfermant diverses obligations qu'à un point de vue spécial, mais non pas d'une manière absolue. Car, dans la dette alternative, on peut admettre diversité d'objets jusqu'à la détermination, bien qu'il n'y en ait qu'un de dû, lequel sera fixé plus tard. A l'objection tirée de la loi 3, *De separat.* (42, 6), on peut répliquer que l'option ne pouvait résulter valablement que de la *litis contestatio* (2). Or, dans cette loi, il n'y a pas délivrance de formule. Cette dernière opinion s'appuie enfin sur l'emploi, dans beaucoup de textes, du mot

(1) L. 116, De verb. obligat. (D., 45, 1). — C. 28, De fidej. (Code, 8, 41).

(2) Cf. C. 28, De fidej. (Code, 8, 41). — C. 2, De fidej. tut. (C. 5, 57).

electio pour désigner l'effet de la *litis cont.* (1). Le droit d'agir étant consommé après l'option combinée avec la *lit. cont.*, il ne pouvait plus être question de la dette corréale comme telle. D'ailleurs les textes ne font, quant à l'application de notre règle, aucune distinction, même de procédure, entre les *judicia legitima* et *imperio continentia*, distinction qui serait nécessaire si la libération des codébiteurs ou fidéjusseurs provenait de la novation, puisque celle-ci n'est produite que dans les *legitima judicia.*

121. Nous avons vu jusqu'ici que la *litis contestatio* pouvait être la cause d'une novation *inter easdem personas.* Mais elle pouvait également donner lieu à une expromission ou à une délégation. Le cas d'expromission se présentait lorsque quelqu'un s'offrait au procès à la place du débiteur, et se chargeait de l'instance quand le créancier agissait (2). Au moyen de la *litis contestatio* d'abord, et de la sentence ensuite, l'obligation ne concernait plus l'ancien *dominus.* L'*expromissor* devenait *dominus litis*, sauf à lui à rendre compte au débiteur primitif par l'action *negotiorum gestorum directa.* Le cas de délégation avait lieu lorsque le défendeur qui se présentait au procès était désigné à cet effet (3). Il était alors tenu envers le dé-

(1) V. notamment *Pauli sentent.*, 2, 17, § 16, et les deux textes cités plus haut.

(2) L. 23, De solut. (D., 46, 3).

(3) L. 11, § 1, De novat. (D., 46, 2).

légataire, et ne pouvait lui opposer les exceptions qu'il avait contre le délégant. Si c'est le créancier qui se fait représenter, le débiteur opposera au délégué de celui-ci toutes les exceptions dont il jouissait envers son mandant, la délégation étant pour lui *res inter alios acta.*



DROIT FRANÇAIS

DE LA NOVATION.

(Code Napoléon, art. 1271-1281.)

122. Il nous semble inutile de réserver dans notre travail une place spéciale à l'ancien droit français. Les principes en étaient pour la plupart puisés dans le droit romain, et, quant à ceux qui en différaient, le Code les a reproduits en grande partie (1). Il est cependant à remarquer qu'il existe une uniformité à peu près complète sur ce point, comme généralement en matière d'obligations, entre les pays de droit écrit et

(1) Pothier a servi en cette matière de guide principal aux rédacteurs, ainsi que dans le développement de presque toute la théorie des obligations.

les pays de droit coutumier (1). Les jurisconsultes et les parlements n'étaient pas, il est vrai, toujours d'accord sur toutes les questions. Mais les mêmes controverses se représentant pour la plupart aujourd'hui encore, nous aurons occasion de rappeler les opinions émises autrefois, en cherchant les solutions actuelles.

123. Après le paiement, l'un des modes d'extinction des obligations les plus usuels et les plus utiles (2) est la novation (3). Elle se plie à la volonté des parties, se prête à toutes les combinaisons qu'on veut lui imposer, et procure souvent au débiteur la facilité de se libérer. Or, le but et la pensée de la loi étant de favoriser la libération par tous les moyens en son pouvoir, elle a dû, par cela même, autoriser toutes les conventions qui interviendraient d'un commun accord entre le débiteur et le créancier. Différente en ce sens du paiement, la novation détruit une obligation pour en faire naître une autre. C'est donc la transformation d'une ancienne en une nouvelle obligation (4). Elle a

(1) Claude Serres, *Institutions du droit français*, livre 3, p. 30, § 3. — Brodeau sur Louet, t. 2, lettre 4, chap. 17. — Catelan, liv. 5, chap. 48. — *Répertoire de jurisprudence* de Guyot, v° *Novation*, t. 12, p. 224 à 236. — Pothier, *Traité des obligations*, n°s 581 à 606.

(2) V. le rapport de M. Jaubert au Tribunat, Fenet, t. 13, page 358.

(3) C'est le second mode d'extinction des obligations énuméré par l'art. 1234.

(4) « Prioris debiti in aliam obligationem... transfusio atque trans« latio (l. 1, De novat., D. 46, 2). « Veteris obligationis in novam translatio et confusio » (Cujas, paratit. in Cod., De novat, 8, 42).

de l'analogie avec la dation en paiement; mais au lieu de procurer au créancier la propriété d'un objet différent de celui qui lui avait été promis, on lui attribue une nouvelle créance.

124. Le droit romain exigeait, du moins dans la novation volontaire, que la nouvelle obligation fût revêtue de la forme solennelle de la stipulation (1). Aujourd'hui cette prescription n'a plus d'application possible; la novation s'opérera donc de quelque manière qu'ait été faite la nouvelle convention, pourvu seulement que celle-ci réunisse les conditions exigées pour la validité des contrats (2). On reconnaissait aussi en droit romain, outre la novation volontaire ou contractuelle, une novation résultant du procès, produite par la *litis contestatio* (3). Plusieurs auteurs (4) admettent la même idée de nos jours (5).

(1) Ou primitivement du contrat *litteris* ou de la *dotis dictio*. Mais ces modes disparurent peu à peu de la législation, pour faire place uniquement au contrat *verbis*.

(2) Art. 1108 : « Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : le consentement de la partie qui s'oblige; sa capacité de contracter; un objet certain qui forme la matière de l'engagement; une cause licite dans l'obligation. »

(3) L. 29, De novation. (D. 46, 2).

(4) MM. Merlin, Répert.. v° *Novation*, § 2. Aubry et Rau, § 324, — Marcadé, t. 4, p. 570. — Massé, t. 5, n° 279. — Rauter, *Cours de procédure civile*, p. 115 et 145, note *a*. — Proudhon, *De l'usuf.*, t. 3, n°s 1290 et suiv.

(5) Il est assez difficile de la justifier. En effet, cette opinion n'est guère compatible avec la description que le Code nous donne de la novation, dans l'art. 1271. En outre, elle ne s'appuie que sur la tra-

125. Le Code (art. 1271) distingue trois sortes de novations. Par changement : 1° de dette; 2° de débiteur; 3° de créancier. Mais ces trois modes de novation, qui souvent se présentent isolés, peuvent aussi concourir et se combiner. D'abord, les parties peuvent se proposer pour but d'éteindre une seule obligation (1). Ainsi, il peut y avoir changement de l'objet et des deux sujets de l'obligation. Exemple : Primus me doit 10 ; je le tiens quitte de sa dette, si Secundus s'engage à donner son cheval à Tertius. Ou changement d'objet et de débiteur. Exemple : Je tiens

dition des anciens auteurs qu'aucun texte ne vient corroborer. Il est vrai que les parties sont tenues de respecter la chose jugée; mais c'est là une obligation qui a sa source dans la loi (art. 1351), sans qu'il soit nécessaire pour l'expliquer de supposer un quasi-contrat judiciaire. D'ailleurs les jugements étant déclaratifs, reconnaissent un état de choses antérieur et ne créent aucun droit nouveau, sauf l'hypothèque judiciaire. Peut-être pourrait-on ne pas repousser l'idée d'une novation judiciaire, lorsque le créancier actionne le débiteur en dommages-intérêts pour inexécution de l'obligation. Mais alors même c'est plutôt une obligation tacite et subsidiaire établie par la loi (art. 1147 à 1150) que le contrat judiciaire d'où résulte ce droit pour le créancier. Du reste, cette controverse est plutôt théorique que pratique, car, dans toutes les opinions, on admet le maintien des accessoires de la dette primitive.

(1) Il existe un quatrième mode de novation dont la loi ne parle pas : celle par *changement de cause* dans la dette. Ainsi Primus me doit 100 fr. à titre *de louage*; je consens à lui laisser cette somme à titre de *prêt*. Il y a novation; et les conséquences en seront importantes. L'ancienne dette était, en effet, prescriptible par cinq ans (2277) et garantie par un privilége (2102, 1°); la nouvelle est prescriptible par trente ans, et aucun privilége n'en garantit l'exécution.

Primus quitte des 10 qu'il me doit si Secundus s'engage à me fournir son cheval. A l'inverse, les parties peuvent vouloir, par un seul des trois modes de novation, éteindre du même coup plusieurs obligations. Exemples : Primus me doit son cheval et un baril de vin. Nous convenons qu'il me paiera en place 500 fr. Il n'y a que changement d'objet. Primus et Secundus me doivent solidairement 500 fr. Tertius s'engage à me les payer à leur place. Il n'y a que changement de débiteur. Primus est créancier de cent de Secundus, lequel l'est de Tertius, et celui-ci de Quartus, toujours pour la même somme. Primus, en stipulant de Quartus, avec le consentement des créanciers intermédiaires, peut éteindre toutes les obligations. Il y a changement de créancier et de débiteur.

On voit donc que la novation offre une combinaison juridique des plus souples, des plus pratiques, et en même temps des plus commodes, puisqu'elle sert à simplifier des rapports multiples.

CHAPITRE PREMIER.

DES ÉLÉMENTS DE LA NOVATION EN GÉNÉRAL.

126. On peut compter les conditions suivantes comme étant indispensables à l'existence de la novation :

1° deux obligations dont l'une remplace l'autre ; 2° l'intention de nover ; 3° la capacité des parties.

SECTION PREMIÈRE.

DE L'OBLIGATION A NOVER ET DE CELLE QUI NOVE.

127. Toute novation suppose une obligation antérieure dont l'extinction sert de cause à l'obligation nouvelle. De là, point de novation en cas d'inexistence de l'une des deux. Comment, en effet, l'obligation nouvelle qui a pour cause l'extinction de l'ancienne prendrait-elle naissance si celle-ci n'a jamais existé? Et réciproquement, comment l'obligation primitive, dont l'extinction a sa raison d'être dans la naissance de la nouvelle, disparaîtrait-elle si cette dernière est entachée de nullité absolue? Dans chacun de ces cas l'opération serait basée sur une fausse cause, et dès lors complétement nulle (**1131**).

128. Nous avons supposé jusqu'ici une inexistence radicale de l'une des deux obligations (1). Tout le monde est d'accord sur ce point. Mais que décider en cas d'annulabilité? La question est plus délicate.

129. Supposons d'abord l'obligation primitive en-

(1) Tels seraient les cas où l'une d'elles serait éteinte, ou nulle soit faute de cause, soit pour être contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, soit pour porter sur une chose hors du commerce, soit pour avoir été contractée par une personne privée de raison.

tachée d'un vice de nature à en faire prononcer l'annulation. Peut-elle être remplacée, novée par une obligation valable? Une distinction est nécessaire. Le débiteur qui, en s'engageant, vient nover la dette annulable, connaissait-il le vice de son obligation primitive? Il est censé par là même renoncer à son action en nullité. En effet, l'exécution volontaire d'une obligation, après l'époque où elle pouvait être confirmée, équivaut à une ratification (1). Or, si le paiement est bien une exécution volontaire de l'obligation, pourquoi n'en serait-il pas de même de la novation qui est, ainsi que nous l'avons dit, une sorte de dation en paiement? Nover, c'est bien donner une satisfaction au créancier, et par suite reconnaître la validité de la première obligation. — Le débiteur qui nove ignorait-il le vice de l'ancienne obligation? Il ne peut y avoir de sa part renonciation à son action en nullité. Si donc il use de son droit et que la nullité soit prononcée, l'obligation primitive sera censée n'avoir jamais existé, et la novation sera nulle faute de cause.

130. Il peut se faire que la novation de l'obligation

(1) Art. 1338 : « ..... A défaut d'acte de confirmation ou ratification, il suffit que l'obligation soit exécutée volontairement après l'époque à laquelle l'obligation pouvait être valablement confirmée ou ratifiée. La confirmation, ratification ou exécution volontaire dans les formes et à l'époque déterminée par la loi, emporte la renonciation aux moyens et exceptions que l'on pouvait opposer contre cet acte, sans préjudice, néanmoins, du droit des tiers. » V. M. Duranton, t. 12, nº 294.

annulable ait eu lieu entre le créancier et un tiers, et non entre le créancier et le débiteur. Si ce tiers ignorait le vice dont l'obligation était entachée, et que l'annulation en soit prononcée, la novation sera non avenue. Si, au contraire, il connaissait le vice et a voulu garantir le créancier contre ses conséquences (1), l'annulation de cette obligation ne s'opposera pas au maintien de la novation. Mais on pourrait peut-être dire que, dans tous les cas, l'annulation de l'obligation laisse subsister une dette naturelle, ce qui peut toujours servir de base à une novation. Ce résultat serait contraire à l'équité, si l'on ne tenait, avant tout, compte de l'intention des parties. La loi, en effet, dans les cas même où l'obligation naturelle n'est pas mise en doute, semble n'attacher l'idée de son existence qu'au moment de son exécution. Jusque-là sa présomption est plutôt qu'il n'en existe pas. Il suit de là qu'on peut nover une dette naturelle (2), puisqu'elle peut être

(1) Les points de savoir si le tiers a entendu s'obliger même pour le cas d'annulation, s'il connaissait le vice de l'obligation, si le débiteur qui nove était au courant de l'annulabilité de la créance primitive, sont des questions de fait dont la preuve incombe au créancier (art. 1315).

(2) Tel est le cas du failli concordataire dont la partie de dette remise est devenue, de civile, naturelle. Si ensuite il s'oblige à payer le surplus à ses créanciers, cette obligation, trouvant sa cause dans la dette naturelle qui subsistait toujours pour partie, est incontestablement valable (MM. Duranton, t. 12, n° 293; — Massé, t. 5, n° 281). Il est vrai qu'on repousse l'idée d'obligation naturelle du failli, en se fondant sur l'art. 604 du C. de com. qui établit contre lui

payée (art. 1235) (1). Mais, de même que le paiement, cette novation doit être faite *volontairement*, c'est-à-dire en parfaite connaissance de cause, n'ignorant pas que la dette qu'on nove n'est que naturelle.

131. Une dette de jeu n'est pas susceptible de novation, parce que le paiement seul constate l'existence d'une dette civile de jeu (2); jusque-là il n'y a rien de fait. Si ce qui a été payé ne peut être répété (3), c'est que la loi présume que la somme engagée n'était pas exagérée, et que le jeu dès lors n'a rien eu d'immoral (4). L'esprit et la lettre de l'article

une espèce de moyen civil de coërcition. Mais on peut répondre que cet article ne contraint pas directement le failli à l'accomplissement de son obligation, et donne seulement une prime d'encouragement à ceux qui s'y soumettent

(1) L. 1, § 1, De novat. (D., 46, 2). — Pothier, Oblig., nº 589. — MM. Aubry et Rau.—Duranton, t. 10, nº 330; t. 12, nº 293.— Toullier, t. 6, nº 390.

(2) Le droit français n'admet plus que les effets volontaires de l'obligation naturelle, à la différence du droit romain, qui lui reconnaissait même des effets forcés, tels que la compensation (l. 6, *de Compensat*, D., 16, 2), et l'imputation sur le pécule (l. 38, de Condict. indeb , D., 12, 6).

(3) A moins que le perdant fût incapable de payer valablement (V. M. Duranton, t. 18, nº 116), ou qu'il n'y ait eu dol ou supercherie de la part du gagnant (1967).

(4) Il existe d'autres systèmes sur la nature de la dette de jeu, mais ils aboutissent au même résultat que le nôtre. Ainsi l'on dit : 1º La dette de jeu constitue une obligation naturelle, mais d'un degré inférieur, réduite au seul effet de valider le paiement. Le cautionnement, l'hypothèque en sont défendus, parce qu'il est plus grave de s'obliger que d'aliéner. Le paiement en est permis, parce qu'il prouve que l'engagement n'était pas le résultat de la passion du jeu. 2º La

1965 (1) repoussent, au contraire, toute action en paiement d'un engagement dont la cause se trouverait dans une convention de jeu ou de pari (2), parce que le fait de la poursuite prouve que la somme était exagérée et par conséquent la cause illicite.

132. Supposons maintenant l'annulabilité de la seconde obligation. La première dette, qui est valable, peut-elle être irrévocablement novée par une dette annulable? Soit un mineur (3) qui, me devant cent, s'oblige à me donner tel cheval afin d'éteindre l'obligation primitive dont il était valablement tenu. Puis, usant du droit que lui confère l'art. 1305, il fait annuler sa nouvelle obligation. L'ancienne revit-elle ou reste-t-elle éteinte? Sur ce point deux systèmes sont présentés :

1° L'ancienne obligation reste éteinte (4); c'est en effet un principe déduit par les glossateurs des règles du Digeste (5) que: « *Obligatio sive actio semel*

dette de jeu n'est pas même naturelle; elle est toujours illicite. Si le paiement en est validé, c'est qu'il y a cause illicite des deux côtés (*ex utraque parte turpitudo versatur*), et que *in pari causa melior est causa possidentis.*

(1) Art. 1965 : « La loi n'accorde *aucune* action pour une dette de jeu ou pour le paiement d'un pari. »

(2) La jurisprudence admet aussi que la dette du jeu ne peut être novée (Cassat., 30 novembre 1826, 12 janvier 1842).

(3) Ce que nous allons dire de l'annulation pour incapacité, est également vrai pour les cas de dol, d'erreur ou de violence.

(4) MM. Duranton, t. 12, n° 282; —Toullier, t. 7, n°s 298 et 302; — Aubry et Rau, § 324, note 34.

(5) V. La glose sur la l. 98, § 8, De solutionibus (D., 46, 3). V. aussi la loi 4 au Code de transact. (2, 4).

extincta non reviviscit. » L'obligation naturelle suffit pour opérer novation. Cela est tellement vrai, que Justinien, dans ses Institutes (1), déclare définitivement éteinte l'obligation valable novée par celle d'un pupille non autorisé.

2° L'obligation primitive n'est pas éteinte par la novation d'une obligation annulable (2). Cette solution est conforme aux principes du droit et de l'équité. En effet, le mineur qui, après avoir éteint par novation son ancienne obligation valable, obtient l'annulation de la seconde, la fait porter sur tout le contrat de novation, et non sur une seule de ses parties, l'obligation nouvelle. Tout se tient en effet dans une novation, et il n'est pas permis d'en scinder les effets.

Cette opération juridique n'étant que la substitution d'une créance à une autre, la seconde n'existant plus, la novation a été impossible faute de cause (art. 1118 et 1131) ; comment en effet dépouiller le créancier, lorsqu'il n'existe aucune preuve qu'il a consenti à ne rien avoir en place de la créance primitive! D'ailleurs, en se libérant ainsi de son ancienne dette, le mineur tirerait un bénéfice de son incapacité, et violerait l'art. 1312, qui lui prescrit de restituer ce qui a tourné à son profit, lorsqu'il a fait prononcer l'annulation de son engagement. Quant aux arguments

(1) Liv. 3, tit. 29, § 3.
(2) Marcade, t. 4, p. 572 et suivantes.

empruntés, dans le système contraire, au droit romain, outre qu'il est permis d'observer qu'ils sont tirés d'une législation dont bien des subtilités ont été repoussées par le Code, on peut y répondre de la manière suivante. D'un côté la maxime: « *Obligatio semel extincta non reviviscit,* » n'est déclarée applicable par la Glose qu'en tant qu'elle ne blesse pas l'équité : « *Nisi justa causa subsit ex qua æquitas subveniat.* » Or, quoi de plus inique que de priver le créancier de ses droits? D'ailleurs on nie précisément dans cette opinion que la première obligation ait jamais cessé d'exister, son extinction étant tacitement subordonnée à la condition suspensive que la nullité de la seconde obligation ne sera pas prononcée. Si elle l'est, l'effet rétroactif du jugement fait que la nouvelle obligation est censée n'avoir jamais existé, et que l'ancienne n'a pu s'éteindre, sa cause, c'est-à-dire, la création de l'autre, faisant défaut. D'autre part, il serait faux de dire de nos jours que lorsqu'un incapable a fait annuler l'obligation qu'il a contractée, il reste tenu naturellement; car le droit français valide, en principe, toutes les obligations que reconnaît l'équité. Quand donc il déclare une obligation nulle, c'est qu'il la présume aussi nulle naturellement, jusqu'à preuve contraire, laquelle ne peut résulter que de l'exécution ou d'un autre acte constituant un aveu non équivoque de la validité de l'obligation annulée.

133. Cette dernière solution, conforme aux princi-

pes en tous points, a cependant besoin d'un tempérament. Toute décision *a priori* serait fautive; il faut avant tout consulter l'intention des parties. Le créancier a-t-il voulu, en contractant avec l'incapable, échanger sa créance valable contre une autre annulable (1) ? La novation (2) est immédiatement irrévocable, car rien n'empêche celui-ci de renoncer à un avantage, de courir une mauvaise chance, puisqu'il pouvait, s'il l'avait voulu, faire remise totale de la dette. On ne peut pas dire que l'extinction de son ancienne créance soit sans cause, car il a eu la chance d'une nouvelle créance dont il s'est contenté. Le créancier n'a-t-il voulu, au contraire, renoncer à son droit que pour le cas où l'incapable exécuterait son engagement? Il est juste que son ancienne créance lui soit rendue, en cas d'annulation de la nouvelle, car aucune règle de droit n'autorise l'incapable à s'enrichir sans cause aux dépens d'autrui.

134. Que faut-il décider lorsque l'une des deux dettes est conditionnelle? Examinons en premier lieu le cas où c'est la dette qu'on veut nover qui est affectée d'une condition.

Le droit romain déclarait dans ce cas la novation

(1) Cette intention devra être prouvée par les moyens les plus probants, les libéralités et les renonciations ne se présumant pas facilement.

(2) Si la seconde obligation se trouvait plus tard annulée, il n'y aurait pas eu à proprement parler de novation, mais bien un contrat aléatoire *sui generis*.

elle-même conditionnelle (1), la subordonnant à l'événement de la condition apposée à l'obligation primitive (2). La défaillance de celle-ci empêchait rétroactivement la première obligation d'avoir jamais existé; or, disaient les jurisconsultes, sans obligation à éteindre point de novation. Cette manière rigoureuse de raisonner sera le plus souvent considérée de nos jours comme contraire à l'intention des parties. Sans doute, il peut se faire que les contractants aient voulu subordonner la novation à l'accomplissement de la condition, à défaut de quoi l'ancienne obligation conserve son plein et entier effet. Mais n'est-il pas également possible que leur intention ait été de remplacer définitivement une dette conditionnelle par une dette pure et simple, intention qui n'aura même pas besoin d'être toujours formellement exprimée et qui pourra résulter des circonstances? En effet, soit une somme de 500 fr. due sous condition et remplacée par une autre de 100 fr. due purement. Il est clair dans ce cas que le créancier a voulu mettre sa nouvelle créance à l'abri de toute chance, car si elle devait être liée à l'événement de la condition de la précédente, il s'en-

(1) L. 8, § 1, l. 14, § 1, De novat. (D., 4, 2). Pothier, Oblig., nº 585. — *Contrà*, MM. Duranton, t. 12, nº 300; Merlin, vº *Novation*, § 2; Marcadé, sur l'art. 1272, nº 5.

(2) Encore fallait-il qu'elle se réalisât utilement, c'est-à-dire que l'objet n'eût pas péri; autrement la dette première serait éteinte faute d'objet, et la novation deviendrait impossible faute de cause.

suivrait qu'il a voulu faire à son débiteur une donation conditionnelle de 400 fr. ; or, les libéralités ne se présument pas. Du reste, le juge trouvera souvent un moyen presque certain de reconnaître la pensée des parties en comparant la valeur des objets des deux obligations. La deuxième créance est-elle plus ou aussi considérable que la première ? il est naturel de supposer que les parties n'ont rien voulu changer à l'état conditionnel de la dette. Est-elle moins considérable ? le fait, de la part du créancier, d'avoir renoncé à un bénéfice conditionnel, doit faire croire qu'il a voulu compenser son sacrifice par un caractère de certitude donné à sa nouvelle créance.

135. Si la condition porte sur la seconde dette, sur celle qui nove, la première étant pure et simple, le droit romain faisait encore dépendre la novation de l'événement de la condition, laquelle devait se réaliser avant l'extinction de la première dette (1) ; ou, en cas de défaillance de la condition, la dette primitive continue d'exister. Il est vrai que Gaius corrigeait ce que cette décision pouvait avoir d'injuste, en accordant, dans cette hypothèse, au débiteur l'exception *doli mali* ou *pacti conventi* ; mais comme ce tempérament ne s'appliquait que lorsque l'objet de la nouvelle obligation était le même et que la seconde convention intervenait entre les mêmes parties (2), la rigueur des

(1) L. 14, pr., De novat. (D., 46, 2). — Pothier, Oblig., n° 586.
(2) G., comm. 3, § 179. — L. 30, § 2, De pactis (D, 14, 2). — V. M. Duranton, t. 12, n° 299.

principes s'appliquait dans la plupart des cas. Ce résultat, s'il était encore admis de nos jours, contrarierait souvent l'intention des contractants. Ainsi, Primus doit à Secundus 100, purement. Secundus stipule, à la place, 500 sous condition. Dire, qu'en cas de défaillance de la condition le créancier peut réclamer les 100, c'est vouloir mettre toutes les bonnes chances de son côté et rejeter les mauvaises sur le débiteur. Il est probable que les parties ont entendu faire quelque chose de nouveau, savoir, dans l'espèce, courir une *alea*. Tout dépend donc de l'intention des parties, et il serait imprudent de dire *a priori* que la novation est irrévocable ou conditionnelle. C'est une question de fait, dans laquelle la comparaison de la valeur des objets promis peut fournir d'utiles indications.

136. Quant au simple terme, il ne suspendrait en rien la novation. Ainsi, l'on peut indistinctement substituer à une dette à terme une dette actuellement exigible et *vice versa*. La novation s'opère immédiatement (1), et le terme de la première obligation n'est pas censé répété dans la seconde, la novation éteignant entièrement la dette primitive, à moins de réserves expresses (2).

(1) L. 5, l. 8, § 1, De novat. (D., 46, 2). — Pothier, Obl g., n° 587.

(2) M. Duranton, t. 12 n° 302.

SECTION II.

DE L'INTENTION DE NOVER.

137. Dans le dernier état du droit romain, sous l'empire de la législation de Justinien, l'*animus novandi* devait être expressément déclaré (1); les parties, en contractant la deuxième obligation, devaient formellement exprimer qu'elles la préféraient à la première. Les pays de droit écrit suivaient, en France, le droit romain sur ce point (2). Quant à ceux de droit coutumier, ils observaient le droit romain classique, la législation antérieure à Justinien, modifiée en ce sens que la novation devait résulter clairement de l'acte, tandis que les jurisconsultes romains la présumaient assez facilement (3). Le système du droit coutumier a

(1) C. 8, au Code (8, 42).

(2) Bretonnier, additions sur Henrys, t. 2, liv. 4, quest. 44, Catelan, t. 2, liv. 5, chap. 48. Claude Serres s'exprime ainsi : « *Pour qu'il y ait novation, il faut qu'il soit dit expressément dans la seconde obligation qu'on innove la première ; sans cela la première obligation subsiste, et la seconde se trouve seulement ajoutée suivant la loi* 8 ; *d'où il suit que, sans cette clause expresse de novation, l'hypothèque qu'on avait par la première obligation demeure dans toute sa force.* »

(3) Basnage, *Traité des hypothèques*, partie I, chap. 17. — D'Argentré, coutume de Bretagne, art. 273 et 447. — Charondas, Réponses, liv. 7, chap. 47. — Basset, t. 2, liv. 6, tit. 4, chap. 2. — Deghewiet, Institutions du *droit Belgique*, part. 2, tit. 6, § 3, art. 4. — Pothier, t. 2, nº 594. — La coutume de Hainaut exigeait cepen-

été suivi par le Code (art. 1273); « La novation ne se présume pas; il faut que la volonté de l'opérer résulte clairement de l'acte. » La présomption de l'*animus novandi* n'a pu être admise par la loi, cette intention comprenant à la fois une renonciation et la création d'une nouvelle obligation (1). D'un autre côté, le Code a évité de présenter une formule nette et précise sur ce point, afin de laisser une certaine latitude d'appréciation aux juges (2).

138. Dans quels cas pourra-t-on appliquer l'article 1273 et dire avec lui que l'intention de nover résulte clairement de la nouvelle convention (3)? Cette intention ne devra être reconnue que dans les hypothèses où la volonté d'opérer novation n'est pas équivoque, celle-ci étant un fait juridique qui entraîne des conséquences importantes. Mais l'*animus novandi* sera admis sans difficulté lorsqu'une saine interprétation de l'acte conduira à ce résultat (4). Ce sera là

dant une mention expresse de l'intention de nover (Chartes générales de Hainaut, chap. 114, art. 2).

(1) Discours de M. Bigot de Préameneu, Locré, t. 12, p. 377.

(2) Discours de M. Jaubert, Fenet, t. 13, p. 539.

(3) Le mot « *acte* » de l'art. 1273 est synonyme de *convention*, « *quod actum est*, » et ne signifie pas l'écrit destiné à faire preuve, autrement ce serait subordonner la validité du contrat de novation à la rédaction d'un écrit.

(4) MM. Duranton, t. 12, n° 284.—Toullier, t. 7, n° 277.—Puisque les juges, chargés d'apprécier s'il y a eu ou non intention de nover, peuvent se décider d'après les circonstances; ils peuvent même, dans les cas prévus par l'art. 1353, admettre les présomptions graves,

avant tout une question de fait et d'interprétation de la volonté des parties, abandonnée aux lumières du juge. Les Cours impériales sont donc souveraines en cette matière, et leurs arrêts échappent à la censure de la Cour de cassation (1). Toutefois, si sans entrer dans le détail des faits, il résultait des termes mêmes de l'arrêt que l'art. 1271 a été violé; si les caractères constitutifs de la novation ne se rencontraient pas dans l'acte, nous pensons qu'il pourrait y avoir ouverture à cassation (2).

139. Le doute ne sera pas possible si les parties ont révélé leur pensée en employant le mot *novation* ou tout autre terme équivalent, comme si le créancier disait, par exemple, qu'il se contentait de la nouvelle obligation pour faire plaisir à son ancien débiteur (3).

140. L'intention de nover sera encore manifeste, s'il y a incompatibilité entre les deux obligations (4) : ainsi, lorsqu'un locataire conserve à titre de prêt ce

précises et concordantes, s'il existe un commencement de preuve par écrit. Rien n'empêche ici, en effet, les principes généraux en matière de preuve de recevoir leur application. (MM. Aubry et Rau, § 324, note 16.— Larombière, obligations, t. 3, page 524.— Cassat. 9 juillet 1834.)

(1) Cassation, 16 janvier 1820; 19 juin 1832, 31 mai et 18 avril 1854; 25 avril 1855.

(2) Cassat., 21 février 1826; 22 juin 1841, 18 avril et 31 mai 1855.

(3) Pothier, Oblig. nº 594.

(4) Basnage, *Traité des hypothèques*, partie 1, chap. 17. Voët, De novat., nº 3. Menochius, De præsumpt., lib. 3, nº 39.

qu'il devait à titre de louage (1), ou lorsqu'un acheteur garde comme dépositaire le prix de la vente qui lui a été faite (2). On ne peut en effet devoir la même somme à deux titres différents. Les choses se passeront, dans ces deux hypothèses, comme si le locataire ou l'acheteur, ayant payé la somme due au locateur ou au vendeur, la recevait ensuite pour la conserver à titre de dépôt (3).

144. Quant aux changements portant seulement sur les modalités ou les garanties de l'ancienne dette, ils indiqueront rarement l'*animus novandi*. Tels seront les cas d'addition ou de suppression d'une caution, d'une hypothèque, d'une clause pénale, d'un terme, d'une condition ; l'indication de paiement à une personne autre que le créancier ; la faculté de payer une chose à la place de celle qui est due. C'est l'hypothèse d'une dette rendue facultative après coup (4). Il fau-

(1) L'obligation d'un locataire est prescriptible par cinq ans et garantie par un privilège (art. 2277, 2102, 1°) ; celle d'un emprunteur ne se prescrit que par trente ans (art. 2262) et n'est garantie par aucun privilège.

(2) Cassat, 1er septembre 1806. La créance du vendeur est garantie par un privilége (art. 2102 4°, 2103 1°) ; celle du déposant ne l'est pas. L'acheteur doit, dans certains cas, l'intérêt du prix jusqu'au paiement du capital (art. 1652) ; le dépositaire ne le doit jamais (1917).

(3) Cf. Institutes, 2, 1, § 44.

(4) Que décider si la dette déterminée est rendue alternative ou réciproquement ? Nous pensons que dans ce cas, non plus, il n'y aurait pas novation, car l'objet dû en vertu de la première obligation continue à l'être ; il reste toujours *in obligatione*.

drait pour opérer novation quelque chose de plus important, un changement de nature à caractériser une transformation véritable du titre de la dette ou de son objet, ou bien une déclaration expresse des parties (1).

142. L'identité juridique de l'obligation est indépendante des moyens matériels de sa constatation. Aucune novation ne résulte donc de la rédaction d'un nouvel acte instrumentaire, quelle qu'en soit la forme, alors même qu'il serait constitutif de sûretés nouvelles. Loin d'opérer novation de l'engagement primitif, cette substitution d'un nouvel acte à un autre, en est simplement la reconnaissance et la prorogation (2). Ainsi, une dette commerciale dans l'origine ne perd point ce caractère et n'est point convertie en une obligation civile par cela seul qu'elle est reconnue ensuite par acte notarié et garantie par une hypothèque. Dès lors, le débiteur reste justiciable des tribunaux de commerce et contraignable par corps (3).

143. La dation en paiement opère-t-elle novation; en sorte que le créancier qui a reçu un immeuble en

(1) C. 8, au Code (8, 42) « . . . . . nihil penitus priori cautelæ innovari, sed anteriora stare, et posteriora incrementum illis accedere. » Pothier, Oblig. p. 594, in fine. — MM. Duranton, t. 12, nº 286. — Toullier, t. 7, nº 277.

(2) Cependant la circonstance de la rédaction d'un écrit pourrait avoir de l'influence sur le temps requis pour la prescription de l'obligation, dans l'hypothèse de l'art. 2274.

(3) MM. Duranton, t. 12, nº 290. Zachariæ, § 324, note 22. Massé, t. 5, nº 286. Dans le même sens, Cassat., 21 février 1826; et Grenoble, 17 juin 1826.

place de sa dette ne puisse poursuivre son débiteur, en cas d'éviction, que par l'action en garantie, et non par celle du contrat primitif? L'intérêt de la question est double; car : 1° l'ancienne action peut être garantie par des sûretés que n'a pas la nouvelle ; 2° en sens inverse, l'action en garantie peut être plus avantageuse, en ce qu'elle donne droit à une indemnité à raison de l'accroissement que la chose a pu recevoir lors de l'éviction (art. 1633). — Le droit romain offre sur la question deux textes qui semblent contradictoires. Ulpien (1) accorde l'action *utilis ex emptó* au créancier qu'il assimile à un acheteur, en cas d'éviction de la chose donnée en paiement. Marcien, au contraire (2), fait renaître la créance primitive au profit du créancier évincé. Pothier (3) a essayé de concilier ces deux textes en disant que le créancier aura l'une ou l'autre action à son choix. Mais cela répugne à la lettre de ces deux lois, et à l'équité qui ne peut permettre d'accorder toutes les chances au créancier. On adopte généralement l'explication suivante de Cujas (4). Si la dette étant d'une somme d'argent, le créancier a consenti à recevoir *rem pro pecunia*, il y a une sorte de vente avec compensation, et le résultat subsiste quel que soit le sort de la chose vendue, car on peut ven-

(1) L. 24, pr., De pignerat. act. (D., 13, 7).
(2) L. 46, pr., De solut. (D., 46, 3).
(3) Pothier, Contrat de vente, nº 603.
(4) Cujas, Observations (XIX, 38), t. 3, Oper. priorum.

dre *rem alienam*. Tel serait le cas prévu par Ulpien. Au contraire, Marcien s'était préoccupé de l'hypothèse où le créancier d'une chose aurait reçu *rem pro re*. Cette opération ne ressemble pas à la vente, puisqu'il n'y a pas de prix, mais elle est analogue à un échange. Or, dans ce cas, le copermutant n'est tenu qu'autant qu'il y a eu *datio* réalisée à son profit. Dans le cas contraire, il a la *condictio sine causa*, et la créance primitive doit renaître.

144. Sous l'empire du Code, la question offre également matière à controverse. Trois opinions différentes sont en présence : 1° la dation en paiement opère une novation immédiate et définitive (1); car, ayant été acceptée par le créancier, l'objet de la dette se trouve changé d'un commun accord (1271-1°). Il est si vrai que la première dette est éteinte, que la caution garantissant l'obligation primitive est libérée, nonobstant l'éviction (203-8) (2). 2° Il faut faire la distinction admise par le droit romain, et ne pas confondre la dation en paiement qui ressemble à une *permutatio* (*res pro re*) et celle qu'on peut ramener à une

(1) MM. Duranton, t. 12, n° 292. — Toullier, t. 7, n° 301. — Zachariæ, t. 3, p. 153. — Poujol, t. 2, p. 305. — Larombière, sur l'article 1278, n° 6.

(2) Art. 2038 : « L'acceptation volontaire que le créancier a faite d'un immeuble ou d'un effet quelconque en paiement de la dette principale, décharge la caution, encore que le créancier vienne à en être évincé. »

vente (*res pro pecunia*). Dans le premier cas, l'éviction doit entraîner la nullité de la novation, car il en était ainsi en droit romain, et les art. 1704, 1705 statuent de même. Dans le second, il y a eu compensation opérée entre deux obligations respectives, d'où novation, c'est-à-dire extinction définitive de la dette primitive. 3° Il faut rejeter la distinction romaine, et dire, en tous cas, que la dation en paiement n'opère pas novation (1), qu'il n'y a pas d'extinction définitive de l'ancienne obligation, en cas d'éviction (2). Tel est aussi notre avis. En effet, d'après la disposition formelle de l'art. 1273, la novation ne doit pas se présumer. Or, dans l'espèce, le créancier est loin d'avoir voulu l'opérer, puisqu'il ne renonce à sa créance que pour le cas où la seconde lui offre satisfaction. Jusque-là *manet pristina obligatio*. Toute convention doit avoir une cause (art. 1108); or, ici la cause de l'aban-

(1) Dans ce sens : Pothier, *Vente*, n° 604. — Merlin, Répert., v° *Subrogation*, sect. 2, § 4, n° 1. — M. Troplong, *Hypoth.*, n°s 847 et suiv.

(2) On peut faire observer qu'il ne s'agit pas ici d'une véritable question de novation, parce que la dation en paiement étant aujourd'hui une convention translative de propriété, il n'y a pas d'obligation qui nove. On ne doit pas supposer une promesse de donner à l'avenir, car ce ne serait plus alors une dation en paiement, mais un contrat innomé ayant pour objet l'obligation future de donner. La dation en paiement proprement dite suppose une tradition réelle ou fictive, accomplie au moment même de l'acte, et pas d'obligation principale. Sans doute l'obligation implicite de garantie existe, mais ce n'est là qu'une cause accessoire de l'abandon de la créance; le but principal est la translation de propriété.

don de l'ancienne créance consiste dans la translation de propriété de l'objet donné en paiement. En cas d'éviction, la nouvelle obligation est donc nulle faute de cause et l'ancienne a toujours subsisté. On ne peut de nos jours distinguer entre les hypothèses où il y a dation de *res pro re* ou *res pro pecunia*, la vente en droit français ressemblant à l'échange du droit romain, puisque, comme la *permutatio*, on la déclare nulle si la propriété n'est pas transférée. Or, la validité de la vente étant aujourd'hui subordonnée à la translation de propriété, il doit en être de même de la dation en paiement qui, aux yeux du Code, se confond avec la vente. Ce qui le prouve, c'est que l'article 1595 présente comme trois cas de vente des hypothèses où il y a *datio in solutum*. Pour ce qui est de l'objection qu'on tire de l'art. 2038, on peut répondre que la caution y est libérée par suite de la faveur exorbitante dont le droit français entoure les cautions, faveur dont les marques ne sont pas équivoques dans le Code, notamment dans l'art. 2038 (1). Bien plus, cet article peut fournir un argument *a contrario*, car si le principe était que l'ancienne

(1) La caution qui a payé peut recourir contre le débiteur principal pour le capital, les intérêts et même des *dommages-intérêts*, s'il y a lieu. Or, le créancier d'une somme d'argent, qui n'est pas payé à l'échéance, ne peut obtenir en principe, à titre de dommages-intérêts, plus que l'intérêt légal de son argent, à partir de la demande (art. 1153). Mais la loi a voulu favoriser la caution qui, par sa généreuse intervention, facilite et encourage une foule d'opérations.

créance ne renaît pas, il serait inutile puisqu'il ne ferait qu'appliquer la règle générale.

145. L'acceptation sans réserves, par le créancier, d'effets négociables (lettres de change ou billets à ordre) souscrits par le débiteur en paiement de sa dette, emporte-t-elle novation : de telle sorte que le créancier ne puisse plus exercer ultérieurement, à défaut de paiement des billets ou des lettres de change, es actions primitivement attachées à sa créance? La question présente surtout un grand intérêt pratique en matière de vente. Car, lorsque c'est un vendeur qui, au lieu du prix de vente, s'est contenté d'être payé en effets négociables, si l'on dit qu'il y a novation, il ne pourra plus exercer son privilége, ni faire résoudre le contrat en cas de non paiement, du prix par l'acheteur.

146. Deux idées dominent la question : l'intérêt des tiers et l'intention des parties. Nous croyons, pour la clarté de la discussion, devoir distinguer plusieurs hypothèses :

1° Quittance du prix est donnée par le vendeur dans le contrat de vente, mais *sans mention des effets négociables* souscrits par l'acheteur pour en tenir lieu. Dans ce cas, il y a novation, car autrement les tiers, étant dans l'impossibilité de se renseigner, seraient injustement trompés. D'ailleurs, dans cette hypothèse, l'intention des parties paraît bien avoir été d'abandonner la créance résultant de la vente.

2° Il est dit dans l'acte de vente que des effets négociables sont donnés ***en paiement du prix de vente.*** Une jurisprudence à peu près constante (1) ne voit pas, en général, de novation dans ce cas (2). Le vendeur, dit-on dans cette opinion, a voulu se procurer par là un mode plus avantageux de recouvrer ce qui lui est dû. Il n'a pas entendu se dépouiller immédiatement des droits attachés à sa créance de vendeur dont l'extinction est subordonnée à l'encaissement des effets. La souscription de ceux-ci ne constitue pour

(1) Cassat. 19 août, 1811. — 22 juin, 1841. — Metz, 26 janvier 1854. — Dans le même sens, MM. Pardessus, *Dr. comm.*, t. 1, p. 221; Merlin, Répert., v° *Novation*, § 5; Marcadé sur l'art. 1273; Troplong, *Hypothèq.*, 1, 199 *bis*.

(2) Voici les motifs du dernier arrêt de la cour suprême sur cette matière (22 juin 1841, Devilleneuve, 41, 1, 473) : Attendu que, dans l'espèce, le contrat passé entre les parties est un contrat de vente; qu'il a été stipulé dans ce contrat que le prix de vente serait payable par moitié, en deux effets souscrits à l'instant au profit du vendeur; que, moyennant ces effets, il a été donné quittance à l'acheteur; qu'on ne saurait induire de ces dernières circonstances que le vendeur a entendu renoncer au droit qu'il tenait de la loi, de demander la résolution de la vente en cas de non-paiement du prix ; qu'elles ne sont point constitutives d'une créance nouvelle, et n'opèrent point l'extinction d'une ancienne créance; qu'elles ne sont relatives qu'au mode de paiement du prix de la vente; que des stipulations de cette nature, inhérentes et essentielles au contrat de vente, ne sauraient être considérées comme distinctes et séparées du contrat où elles sont inscrites, et de l'engagement dont elles sont une conséquence; qu'en admettant que, dans l'intention des parties, lorsque la création de lettres de change est stipulée dans un contrat de vente pour faciliter et consommer le paiement du prix convenu, elles entendent donner à une obligation civile les effets d'une obligation commerciale; il ne s'ensuit pas que la dette soit dénaturée et qu'il y ait substitution d'une créance à une autre.

lui qu'une manière d'arriver au paiement. S'ils sont soldés à leur échéance, la dette originaire est éteinte et tout est terminé. S'ils ne le sont pas, le créancier est maintenu dans l'exercice des droits et priviléges inhérents à sa créance primitive. La quittance du prix donnée par le vendeur ne prouve pas d'ailleurs suffisamment la renonciation à ses droits. Or, dans le doute la novation ne se présume pas (art. 1273). — Cette interprétation nous semble néanmoins devoir être repoussée (1). Il faut, en effet, expliquer ce que disent les parties d'après le sens ordinaire des mots. Or, comme elles ont employé le mot *paiement*, il y a extinction de la créance de vente ; mais la créance des effets négociables s'y substituant, il y a *novation.* Quant à l'art. 1273, il n'est nullement opposé dans l'espèce, car, ainsi que nous venons de le dire, l'intention des parties ne saurait être douteuse.

3° Les parties n'ont pas exprimé l'intention d'éteindre la créance résultant de la vente. L'acte n'offre aucun indice de leur volonté. Il contient, par exemple, que des billets ont été souscrits *pour le règlement du prix de la vente*, ou autres expressions amphibologiques. Dans cette hypothèse, il y a matière plus sérieuse au doute, et le champ est ouvert à la discussion. Pour combattre l'idée de novation, on peut invoquer l'art. 1273, et dire que rien ne prouve que

(1) Dans ce sens : MM. Delvincourt, t. 2, p. 780.—Persil, art. 2103, § 1, n° 6. — Duranton, t. 12, n° 287, et t. 19, n° 165. — Grenier, *Hypothèq.*, t. 2, n° 385.

le vendeur ait entendu renoncer à ses garanties. Nous croyons cependant plus vrai de dire qu'il y a novation par l'acceptation d'effets négociables de la part du vendeur (1). En ne faisant aucune réserve, celui-ci a, en effet, suffisamment prouvé que son intention était de se contenter des avantages de la lettre de change ou du billet à ordre. Pourquoi du reste a-t-il été négligent? Qui l'empêchait de s'expliquer à cet égard? De nouveaux avantages n'ont-ils pas d'ailleurs remplacé pour lui les anciens: droit de céder sa créance par simple endossement; droit d'obtenir une condamnation entraînant la contrainte par corps contre son débiteur dans certains cas (2)? Comment soutenir que l'ancienne et la nouvelle créance doivent exister cumulativement, puisque c'est vouloir qu'un créancier ait, relativement à la même chose, deux créances munies d'avantages particuliers, et entraînant deux juridictions différentes? Enfin, un texte formel, l'art. 575 du Code de commerce, reconnaît implicitement que les effets négociables opèrent novation. En effet, il permet au négociant qui a consigné des marchandises pour être vendues à son compte d'en revendiquer le prix, en cas de faillite du commission-

(1) Qu'on ne dise pas que, s'il y a novation, elle est conditionnelle, c'est-à-dire subordonnée à l'encaissement des effets, car dans ce cas la dette se trouve éteinte par paiement et non par novation. Il n'y a que deux opinions possibles sur la question : celle qui admet qu'il y a novation immédiate et celle qui la repousse. Dire qu'il y a novation conditionnelle, c'est admettre qu'il n'y en a pas.

(2) Art. 136 et 237, Code de commerce.

naire, pourvu qu'il n'ait pas été payé ou ***réglé en valeur.*** La loi, en mettant sur la même ligne le paiement et le règlement en effets négociables, reconnaît bien que ce règlement a remplacé la créance du prix. Aussi le prix des marchandises cesse-t-il d'être dû par l'acheteur (1). — Il est bien certain que si le vendeur a réservé ses droits dans l'acte de vente ou a subordonné la libération de l'acheteur à l'acquittement des effets négociables, ceux-ci ne doivent être considérés que comme un mode plus facile de recouvrement.

147. Une autre question importante est celle de savoir s'il y a novation lorsque le débiteur d'une somme d'argent s'engage à servir à son créancier une rente perpétuelle. Ce point était très discuté dans l'ancien droit. La jurisprudence, d'accord en cela avec la plupart des auteurs (2), soutenait que cette

(1) On serait tenté de prime abord de distinguer, parmi les effets négociables, la lettre de change du billet à ordre, et de reconnaître à la première seule le pouvoir d'opérer novation. La lettre de change présuppose en effet un contrat de change intervenu entre les parties. Le vendeur ayant besoin qu'une somme d'argent lui soit comptée dans une autre place à jour fixe, l'acheteur s'est engagé à la lui faire avoir. Il y a là une nouvelle obligation qui doit opérer novation. Rien de semblable, au contraire, n'existe dans le billet à ordre, qui ne contient pas de contrat nouveau. Cette séparation doit tomber néanmoins devant la généralité du texte de l'art. 575, C. com., qui implique une novation produite par les effets négociables sans distinction.

(2) Arrêts du 4 janvier, 1609. — Du 10 mai, 1633, cité par Bardet. — Du 4 janvier 1697, cité par Perchambault. — V. aussi arrêts : du 23 avril 1683, *Journal du Palais*, t. 2; — du 6 sep-

conversion n'opérait pas novation, à moins de convention expresse des parties. En effet, disait-on, le créancier, en acceptant la constitution de rente, ne donne pas quittance de la somme qui lui est due. Il consent uniquement à ne pas l'exiger tant qu'on lui en servira régulièrement les intérêts. C'est donc toujours l'ancienne dette qui subsiste, avec cette différence, qu'au lieu d'être actuellement exigible, elle cessera de l'être tant que les arrérages seront exactement payés.

Pothier toutefois était d'un avis contraire (1), et raisonnait ainsi : La rente est un contrat réel ; elle n'est constituée que lorsque le capital, prix de sa constitution, est payé au futur débiteur qui, en échange, s'engage à la servir. Le débiteur d'une somme n'est donc censé avoir converti sa dette en une rente perpétuelle que par la quittance implicite de cette somme qu'est censé lui donner le créancier. Il y a alors compensation entre la dette de cette somme et le prix dû par le créancier pour la constitution de la rente, et dès lors novation. Il est si vrai que la dette existant en vertu de la constitution de rente est différente de la précédente, et n'est pas la même, seulement modifiée en ce qu'on ne pourrait exiger le prin-

tembre 1712, *Journal des Audiences*, t. 6. — Dans le même sens Brodeau sur Louët. — Pierre Roussilhe, 1, n° 291.

(1) Pothier, *Traité des obligat.*, n° 595. — Dans le même sens, Basnage, *Des hypoth.*, partie 2e, chap. 7.

cipal tant que les intérêts seraient payés, que le débiteur de la rente ne doit que des arrérages et nullement un capital en argent. Le capital n'est pour lui que *in facultate solutionis* (1).

148. De nos jours, la même question est soulevée et se trouve diversement résolue. Les deux opinions opposées, dans l'ancien droit, ont chacune leurs partisans. Pour soutenir, contrairement à Pothier, qu'il n'y a pas novation dans la conversion d'une somme exigible en rente perpétuelle (2), on dit : L'objet de la dette est resté le même ; créancier d'un capital exigible, je suis toujours créancier conditionnel du même capital (art. 1912, 1913); sauf que je ne puis l'exiger actuellement. C'est donc toujours l'ancienne dette qui subsiste, modifiée seulement dans les conditions relatives à son exigibilité. Le créancier consent à ne pas réclamer son capital, moyennant le paiement de la rente constituée. Il était créancier en vertu d'un prêt, il continuera à l'être au même titre (3). D'ailleurs, de

(1) Pothier ajoute qu'il y aurait novation en cas de constitution de rente, quand même les parties auraient manifesté une volonté contraire, cette protestation ne pouvant empêcher l'effet nécessaire et essentiel d'un acte. Mais que cette clause aurait néanmoins pour conséquence d'empêcher l'extinction des hypothèques de l'ancienne dette et de les transporter à la nouvelle. Cet effet, ainsi que le fait remarquer M. Bugnet, enlève à la question beaucoup de son importance.

(2) M. Troplong, *Vente*, n° 649. — M. Larombière, *Oblig.*, art. 1273, n° 1.

(3) V. la rubrique sous laquelle le Code traite des rentes (art. 1905 à 1914) : *Du prêt à intérêt.*

la conversion d'un capital en rente perpétuelle ne résulte pas clairement l'intention de nover. Le créancier n'a peut-être voulu, en accédant à cet arrangement, que rendre service à son débiteur. La décision contraire serait donc la violation de l'art. 1273. Si cependant à cette conversion venaient se joindre des circonstances susceptibles de caractériser une novation, telles que l'adjonction de nouvelles sûretés fournies par le débiteur, l'augmentation du capital, la novation devrait être admise, le débiteur n'ayant probablement pas voulu laisser subsister les anciennes garanties et en concédant de nouvelles, ou en favorisant autrement le créancier. Quant à l'argumentation de Pothier on la combat ainsi qu'il suit. Il est difficile, dit-on, d'admettre que le créancier qui échange un droit exigible contre une rente perpétuelle, soit censé recevoir la somme qui lui est due et en donner quittance par l'acte de constitution de la rente. Il faudrait pour cela supposer deux traditions fictives (paiement de la somme due et restitution de cette somme comme prix de la rente), imaginées *brevitatis causa*, dont l'une éteint la première obligation et l'autre sert de cause à la seconde. Or, s'il en était ainsi, la dette primitive serait éteinte par *paiement* et non par novation; et il s'agit précisément dans l'espèce de prouver qu'il y a novation. L'opinion contraire, défendue par Pothier, qui voit une novation dans la conversion d'une somme exigible en rente perpétuelle, nous sem-

ble néanmoins préférable (1). En effet, l'objet de la nouvelle obligation est tout différent de celui de l'ancienne. Autre chose est, en effet, la dette d'une somme exigible et la dette d'une rente. Celle-ci, n'étant que le droit à des arrérages, n'est pas un capital. D'où il résulte que la dette d'une rente et celle d'un capital n'ont pas le même objet. Quant à l'argument qui repousse la fiction de tradition admise par Pothier, on pourrait y répliquer que la double tradition s'opérant *uno momento*, il y a quelque subtilité à la décomposer en deux actes successifs, pour en tirer cette conséquence que le premier a rendu la novation impossible. Mais on peut, indépendamment de toute fiction, expliquer la novation, en disant que le capital exigé par l'art. 1909 pour la formation du contrat, consiste ici précisément dans l'enrichissement résultant de l'extinc tion de la créance primitive, extinction qui sert de cause à la dette nouvelle. C'est mal à propos qu'on objecte que l'ancienne dette subsiste, puisque le capital peut être exigé dans les cas prévus par les art. 1912 et 1913. Car on peut répondre que ces articles supposent précisément la résolution du contrat de rente, et non pas son exécution. Alors il est tout simple que les parties soient replacées dans leur situation primi-

(1) Dans ce sens : MM. Delvincourt, t. 2, p. 556. — Duranton, t. 12, n° 288.—Toullier, n°s 280 et 304.—Marcadé, sur l'art. 1273. — Grenier, *Hypoth.*, n° 499. — Rolland de Villargues, Répert., v° *Novation*, n° 66. — Dans le même sens, Caen, 21 octobre 1826.

tive. La loi n'admet-elle pas d'ailleurs la restitution du capital en certains cas, lorsqu'il s'agit de rente viagère (art. 1977)? Et néanmoins tout le monde reconnaît que la dette d'un capital transformée en rente viagère emporte novation (1).

149. Nous adopterons la même solution dans l'hypothèse inverse, c'est-à-dire lorsque le débiteur d'une rente perpétuelle s'engage en place à payer une somme exigible. Il y a là novation par changement d'objet.

150. Ici peut se rattacher l'art. 530 du Code Napoléon ainsi conçu : « Toute rente établie à perpétuité pour le prix de la vente d'un immeuble ou comme condition de la cession à titre onéreux ou gratuit d'un fonds immobilier, est essentiellement rachetable. Il est néanmoins permis au créancier de régler les clauses et conditions du rachat. Il lui est aussi permis de stipuler que la rente ne pourra lui être remboursée qu'après un certain terme, lequel ne peut jamais excéder trente ans. » Cet article n'est relatif qu'aux rentes établies au moyen de la cession d'un immeuble, ainsi qu'il l'a été expressément dit dans l'exposé des motifs devant le Corps législatif, et dans le rapport fait à ce corps, au nom du Tribunat. Quant aux rentes constituées moyennant un capital mobilier, il en est

(1) Il faut avouer, du reste, que cette controverse a beaucoup perdu de l'importance qu'elle avait dans l'ancien droit, où, le prêt *à intérêt* étant défendu, on recourait aux rentes perpétuelles comme moyen de tourner la prohibition rigoureuse de la loi.

parlé dans les articles 1909 à 1914. Les différences entre ces deux sortes de rente sont grandes, et relatives : à la durée et au règlement des conditions du rachat, à la possibilité d'appliquer ou non l'art. 1912, à l'existence ou à l'inexistence des droits du vendeur non payé. Ceci étant posé, que décider dans l'hypothèse suivante : Au lieu d'acquérir la rente au moyen de la cession directe de mon immeuble, je le vends à Titius pour un prix déterminé moyennant lequel il s'engage à me servir des arrérages ? Si la créance du prix a été convertie en rente postérieurement au contrat de vente, il y aura rente constituée moyennant l'aliénation d'un capital mobilier, et application des articles 1911 et suivants.

Quant à la question de savoir s'il y a novation, nous savons qu'elle est discutée, et suivant la solution que nous avons donnée (n° 147) elle existera ici. Lors au contraire que la créance du prix est convertie en créance d'arrérages dans l'acte même de vente, la question est controversée ; y a-t-il novation ? application des article 530 ou 1911 ? Dans un premier système, il y aura application de l'art. 530, et aucunement novation (1). Cet article ne met-il pas en effet sur la même ligne la

(1) Peu importe, en effet, que les parties se bornent à fixer dans l'acte le montant des arrérages, sauf à s'entendre ensuite sur le capital à payer en cas de rachat, ou qu'elles débutent par la fixation du capital pour régler ensuite le taux des arrérages (V. MM. Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. 2, n° 42. — Dans le même sens M. Demante, cours analytique, t. 2, n° 359 *bis*, X)

rente établie *pour le prix* de la vente d'un immeuble et celle établie *comme prix* de l'immeuble? La novation ne résulte pas d'ailleurs assez clairement de l'acte pour qu'on puisse la présumer. La mention du prix dans l'acte ne servira alors que d'indication de la somme à rembourser, en cas de rachat. Cette opinion nous semble la meilleure. Un deuxième système veut qu'il y ait novation dans l'espèce, et application de l'art. 1911. Un troisième, assez arbitraire, applique l'art. 530, mais en refusant au vendeur son privilége et son action en résolution, à cause de la novation qu'il admet.

151. Faut-il admettre la novation en cas de conversion d'une somme exigible en rente viagère? Nous adoptons l'affirmative (1). La transformation de l'obligation du débiteur nous semble, en effet, bien apparente dans l'espèce. L'objet de la dette est tellement changé que le droit au capital ne peut revivre au profit du crédi-rentier en cas d'inexécution (2). De plus, à la différence de ce qui arrive dans la dette d'une

(1) Toullier, t. 7, nº 280.

(2) Art. 1978. « Le seul défaut de paiement des arrérages de la rente n'autorise point celui en faveur de qui elle est constituée, à demander le remboursement du capital ou à rentrer dans le fonds par lui aliéné : il n'a que le droit de saisir et de faire vendre les biens de son débiteur, et de faire ordonner ou consentir, sur le produit de la vente, l'emploi d'une somme suffisante pour le service des arrérages. »

Art. 1979. « Le constituant ne peut se libérer du paiement de la rente, en offrant de rembourser le capital, et en renonçant à la répétition des arrérages payés...... »

somme exigible, chaque prestation épuise pour ainsi dire le capital de la rente viagère. Enfin le caractère même de l'obligation se trouve modifié, puisqu'à un contrat commutatif a succédé un contrat aléatoire.

SECTION III.

DES PERSONNES QUI PEUVENT NOVER.

152. Pour que le contrat de novation soit valable, les parties doivent être capables de faire ou d'accepter une renonciation. C'est en ce sens qu'il faut entendre l'art. 1272, ainsi conçu : « La novation ne peut s'opérer qu'entre les personnes capables de contracter. » L'incapacité du nouveau débiteur n'empêche pas, en effet, l'extinction de l'ancienne obligation, et ne s'oppose pas à la validité de la novation. Seulement, si l'incapable, usant du bénéfice de l'art. 1125, poursuit l'annulation de son obligation, alors s'élèvera, ainsi que nous l'avons déjà dit (1), la question de savoir quelle a été l'intention du créancier : s'il a entendu se contenter d'une créance annulable (2), ou s'il a subordonné la novation à la condition que le nouveau débiteur ne reviendrait pas contre son engagement.

153. En quoi donc doit consister au juste la capa-

(1) V. pages 144 et suivantes.

(2) C'est ce que l'on présumera facilement si la seconde créance est supérieure à la première.

cité des parties pour opérer novation? Celle-ci a-t-elle lieu par changement d'objet? le créancier doit être capable d'aliéner son ancienne créance, et le débiteur de s'obliger. La novation s'opère-t-elle par changement de débiteur? la capacité exigée sera la même que celle ci-dessus indiquée pour le créancier et le nouveau débiteur. Quant à l'ancien, il doit être capable de recevoir une donation du nouveau, si celui-ci intervient *animo donandi.* Y a-t-il enfin changement de créancier? il faudra capacité d'aliéner sa créance de la part de l'ancien créancier, capacité de s'obliger de la part du débiteur. Quant au nouveau créancier, une distinction est nécessaire. Le devient-il à titre onéreux? il doit pouvoir renoncer à son ancienne créance, s'il est délégué. Le devient-il à titre gratuit? il lui faut la capacité de recevoir une donation.

154. La novation étant à la fois un contrat créatif et extinctif d'obligations, il faut y envisager séparément le créancier et le débiteur. Nous allons voir successivement, dans chacun de ces cas, quelles personnes peuvent nover et quelles ne le peuvent pas.

§ 1. *Du rôle du créancier.*

155. Peuvent nover :

1° *Le créancier*, en principe, pourvu qu'il ait la jouissance et l'exercice de ses droits. Il est libre alors de disposer de son bien.

2° ***Un seul des créanciers solidaires, pour sa part de la créance.*** Il est vrai qu'il en était différemment en droit romain, où chacun des *correi stipulandi* était considéré comme seul maître de la créance, au point qu'il pouvait la nover (l. 31, § 1, *De novat.*) et en faire acceptilation (l. 13, § 12, *De acceptilat.*). Mais le droit français, se réglant partout sur l'équité, ne pouvait admettre de semblables résultats. Le contraire ressort en effet par analogie de l'article 1198 ainsi conçu : « La remise qui n'est faite que par l'un des créanciers solidaires ne libère le débiteur que pour la part de ce dernier. » Il doit en être de même pour la novation, car les créanciers solidaires sont mandataires les uns des autres à l'effet de poursuivre le remboursement de la créance ou de faire les actes nécessaires à sa conservation ou à son amélioration, mais leur mandat ne saurait aller jusqu'à nuire aux droits de leurs mandants. Comment d'ailleurs la faculté de recevoir une dette emporterait-elle le droit de la transformer en une autre dette ?

156. Peuvent encore nover, quoique n'étant pas créanciers :

1° *Le mandataire à l'effet de nover.* Quant au fondé de procuration générale, nous pensons, contrairement à Pothier (1), que la novation lui est interdite. L'article 1988 exige, en effet, un mandat exprès pour l'hy-

(1) Pothier, t. 2, n° 592.

pothèque ou l'aliénation; or, la novation est bien un acte d'aliénation.

2° *Le tuteur.* Il représente le mineur dans tous les actes civils (art. 450) et peut faire seul tous les actes d'administration que la loi ne lui interdit pas, ou pour lesquels elle ne l'assujettit pas à l'accomplissement de certaines conditions. Il peut donc nover les créances mobilières du pupille, puisqu'il peut aliéner les meubles incorporels (1), recevoir les paiements et employer les capitaux sans l'autorisation du conseil de famille (art. 455).

3° *Le mari à l'égard des créanciers de sa femme.* Il faut ici distinguer avec soin le régime sous lequel les époux se sont mariés.

a. Régime de communauté. — Il ne peut d'abord exister aucune difficulté relativement aux créances de la femme tombées dans la communauté.

Le mari acquiert sur elles, ainsi que sur tout le patrimoine commun, un pouvoir d'administrateur des plus larges et presqu'aussi étendu que celui d'un propriétaire (art. 1421). Il peut donc nover ces créances puisqu'il pourrait les aliéner. Mais en est-il de même pour les créances de la femme qui ne sont pas tombées dans la communauté (2), et qui, par conséquent, con-

(1) Sauf les restrictions contenues dans la loi du 24 mars 1806 et dans le décret du 25 septembre 1813.

(2) Les cas de propres mobiliers ne sont pas nombreux, tous les

stituent ce qu'on appelle quelquefois des propres parfaits (1)? La question est délicate, car elle se lie intimement à celle, si vivement discutée entre les auteurs, de savoir si le mari a le pouvoir d'aliéner seul les propres mobiliers de sa femme (2). Selon qu'on lui accordera ou refusera ce pouvoir, la novation est ou non possible.

Pour l'affirmative (3), on fait valoir les arguments suivants : 1° Pothier reconnaissait au mari le droit d'aliéner les propres mobiliers de sa femme, sous peine de se trouver autrement gêné dans sa jouissance (4).

meubles des époux tombant en principe dans la communauté (art. 1401, 1°); on peut cependant citer comme tels : 1° les meubles donnés sous la condition qu'ils ne tomberont pas dans la communauté; 2° ceux acquis en échange d'un propre, par exemple, la créance du prix d'un immeuble possédé avant le mariage; 3° ceux déclarés propres en vertu d'une clause expresse du contrat de mariage; 4° les meubles provenant d'un propre sans en être des fruits.

(1) *Les propres parfaits* sont ceux qui demeurent la propriété des époux, et qui ne tombent dans la communauté ni définitivement, ni à charge de récompense. *Les propres imparfaits* sont ceux qui y tombent, mais à charge de récompense. Les premiers peuvent être repris en nature, par l'époux propriétaire, les seconds en valeurs. (V. Marcadé, sur l'art. 1408, n° 8.)

(2) La question présente moins d'intérêt pour les meubles corporels à cause de la maxime de l'art. 2279.

(3) Lebrun, liv. 2, chap. 2, p. 5. — MM. Delvincourt, t. 3, n° 41. —Merlin, v° Réalisation, § 1, n° 4.— Troplong, t. 2, n° 982 et t. 3, n°s 1936, 1937.

(4) Pothier, De la communauté, n° 325.

Les meubles sont généralement en effet des choses qui se consomment ou s'altèrent par l'usage qu'on en fait; il est par conséquent avantageux d'en abandonner l'aliénation à la volonté du mari. Il a probablement été dans la pensée des rédacteurs du Code de reproduire cette opinion. 2° L'article 1428, en disant que : « le mari ne peut aliéner les immeubles personnels de sa femme sans son consentement, » prouve par un *a contrario* qui se présente naturellement à l'esprit, qu'il a un pouvoir plus étendu sur les meubles propres de la femme, et qu'il peut les aliéner sans son autorisation. 3° L'article 1503 est ainsi conçu : « Chaque époux a le droit de reprendre et de prélever, lors de la dissolution de la communauté, *la valeur* de ce dont le mobilier qu'il a apporté lors du mariage, ou qui lui est échu depuis, excédait sa mise en communauté. » Cet article prévoit l'hypothèse dans laquelle un époux ou tous deux déclarent exclure de la communauté la totalité ou telle partie du mobilier, ou apporter en communauté une quote part déterminée de leur mobilier. C'est le cas de clause de réalisation. La part de mobilier déclarée non exclue ou mise en communauté devient la propriété de celle-ci. Quant à l'excédant, lequel reste propre à l'époux qui a fait la clause d'apport, la communauté a sur lui le même droit que celui qui existe dans le quasi-usufruit, qui lui permet d'en disposer à la charge d'en rendre la valeur. Si donc la communauté est devenue quasi-usufruitière des pro-

pres mobiliers de la femme (dans le cas où celle-ci a fait la clause d'apport), le mari peut les aliéner. 4° L'aliénation des propres mobiliers de la femme doit être permise au mari, dans l'intérêt même de celle-ci (1). N'est-il pas, en effet, plus avantageux pour elle d'être créancière de la valeur de ces meubles, que de rentrer en leur possession à titre de propriétaire, et de se trouver le plus souvent en face d'objets usés, dégradés, dépréciés? En permettant l'aliénation on concilie tous les intérêts, puisqu'on ne gêne pas ainsi à l'égard des étrangers le commerce de choses qu'il est souvent très utile d'aliéner.

Pour la négative (2), on invoque d'abord le principe général de droit, que le propriétaire ne peut voir la propriété qu'il a sur sa chose transformée malgré lui en un droit de créance. D'ailleurs, ajoute-t-on, la pensée du législateur ne se révèle-t-elle pas suffisamment dans la disposition de l'art. 818? L'incapacité du mari y est mise sur la même ligne pour les meubles et les immeubles, relativement à l'action en partage des successions échues à la femme, lorsque les meubles ou immeubles qui les composent ne tombent pas en communauté. Enfin, dit-on, il résulte des art. 1531 et 1532

(1) M. Troplong, *Du contrat de mariage*, t. 3, n° 987.

(2) MM. Toullier, t. 12, n° 379. — Duranton, t. 14, n° 318. — Bugnet sur Pothier, *Com.*, n° 325, note 1. — Marcadé, t. 5, art. 1428, n° 2. — Rodière et Pont, t. 1, n° 683, et t. 2, n°s 50 à 53. — Championnière, t. 4, n° 2896.

que des pouvoirs analogues à ceux qu'il a sur les propres de la femme, sous le régime de communauté, appartiennent au mari sur tous les biens de sa femme, sous le régime exclusif de communauté. Or, sous ce dernier régime, il ne peut aliéner son mobilier. Quant aux raisons invoquées dans le système contraire, on peut les repousser ainsi qu'il suit : L'argument de Pothier ne peut être sérieux lorsqu'il s'agit de choses non fongibles, car il conduirait à permettre à tout usufruitier de meubles de les aliéner, sous prétexte de se trouver autrement gêné dans sa jouissance. Or, que de fois la loi accorde-t-elle la jouissance de meubles, en ayant soin d'en interdire la libre disposition ! (V. art. 588, 589, 1531, 1566, 1567). Au reste, Pothier ne semble songer en motivant son opinion comme il le fait, qu'aux choses qui se consomment par l'usage, aux meubles sur lesquels on ne peut acquérir qu'un quasi-usufruit. Relativement à ces objets, le droit d'aliénation du mari est reconnu dans toutes les opinions(1). L'argument *a contrario* puisé dans l'art. 1428 n'est pas plus heureux que le précédent. En effet, cet article s'occupe de biens dont la propriété est restée à la femme. Il confie au mari l'exercice des actions mobilières de celles-ci ; or, puisqu'il faut un texte for-

(1) On a prétendu que de nos jours encore les créances n'étaient susceptibles que d'un quasi-usufruit (M. Troplong, t. 3, n° 1937). Mais l'art. 1567 repousse complétement cette idée : «.... Le mari sera quitte *en restituant les contrats.* »

mel pour confier ce pouvoir au mari, c'est que ces créances ne sont pas devenues propriété de la communauté. De plus, le silence de cet article relatif aux propres mobiliers peut s'expliquer par l'influence de l'idée coutumière : « *vilis mobilium possessio,* » et par ce motif que les cas de propres mobiliers étant peu nombreux, les rédacteurs n'ont pas songé à eux en écrivant l'art. 1428. Pour ce qui est de l'art. 1503, nous croyons qu'il ne peut être invoqué dans la discussion. Il ne vise pas en effet l'hypothèse de la clause de réalisation, laquelle fait l'objet du premier alinéa de l'article 1500, mais bien celle de la clause d'apport, dont il est question dans le deuxième alinéa de l'art. 1500 et dans les art. 1501 à 1504. Par cette clause, l'époux, après s'être constitué débiteur d'une certaine somme envers la communauté, met sur estimation tout son mobilier dans le fonds social en libération de la dette par lui contractée. C'est une dation en paiement de la somme par lui promise, avec la réserve de reprendre à la dissolution de la communauté une somme égale à la valeur de l'excédant du mobilier sur la dette contractée. La communauté devient dès lors propriétaire de tous les meubles, sauf à compter plus tard ; c'est pour elle qu'ils augmentent ou diminuent de valeur. Puisqu'il en est ainsi, il ne peut être question de propres mobiliers, lorsque c'est la femme qui a fait la clause d'apport, tous les meubles appartenant à la communauté. A l'argument qui invoque l'intérêt même de la femme,

on peut répondre que s'il est juste pour les choses fongibles, il ne l'est nullement quant aux créances et autres meubles corporels qui ne se déprécient pas par l'usage. Si le mari ne peut aliéner seul ces valeurs, c'est qu'il n'y a pas de raison suffisante pour dépouiller la femme de sa propriété contre son gré. Que si celle-ci trouve l'aliénation nécessaire, elle n'a qu'à donner son consentement et tout est dit. La question nous paraît d'ailleurs tranchée par l'art. 560 du Code de commerce, qui permet à la femme de reprendre *en nature* ses propres mobiliers lorsque l'origine et l'identité en sont authentiquement constatées. Le mari n'en avait donc pas la propriété. Ce système, qui a pour lui la majorité des auteurs, se trouve aussi consacré par la jurisprudence (1). Il en résulte donc que le mari ne peut, sans le consentement de sa femme, faire novation des créances qui ne tombent pas en communauté.

b. Régime exclusif de communauté. — Les pouvoirs du mari sur les biens de sa femme n'étant, sous ce régime, que ceux d'un administrateur ordinaire, il s'ensuit qu'il n'a pas le droit de nover, à moins que la novation n'ait, ce qui sera bien rare, les caractères d'un acte d'administration ou ne porte sur les revenus.

c. Régime de séparation de biens. — La novation

(1) Paris, 23 février 1835. — Paris, 15 février 1839. — Cassat., 2 juillet 1840 (Devill., 35, 2, 68; 40, 2, 212; 40, 1, 887).

est ici complétement interdite au mari, puisqu'il n'a pas même l'administration des biens de sa femme. C'est à celle-ci seulement qu'appartient le droit de nover ses créances mobilières. Quant aux créances immobilières, il lui faudrait l'autorisation de son mari ou de justice (Argument de l'art. 1538).

d. Régime dotal. — La question de savoir si, sous ce régime, le mari peut nover une créance mobilière dotale, dépend d'abord de cette autre question, vivement discutée entre la jurisprudence et la doctrine, qui consiste à se demander si la dot mobilière est ou non inaliénable. L'opinion qui prévaut avec raison parmi les auteurs sur ce point étant celle de l'aliénabilité de la dot mobilière, nous avons à nous demander si le mari a mandat d'aliéner les créances dotales? Nous ne pensons pas que son titre de simple administrateur lui confère ce pouvoir (1). A plus forte raison, si la créance était paraphernale, ou si la séparation de biens venait s'ajouter à la dotalité (art. 1563), la femme seule aurait le droit de nover.

157. Ne peuvent pas nover :

1° *Celui qui a été indiqué pour recevoir le paiement*, et qui, en droit romain, portait le nom *d'adjectus solutionis gratia* (2). Son pouvoir a été limité, il ne peut le dépasser.

(1) Argum. des art. 1540, 1551 et 1587. Mais si dans certains cas l'aliénation de la créance pouvait être considérée comme un acte d'admission, le mari pourrait la faire exceptionnellement.

(2) L. 10, De novat. (D., 46, 2)

2° *Le mandataire général*, car pour l'aliénation le mandat doit être exprès (art. 1988). Or, la novation est en principe un acte d'aliénation.

158. Ne peuvent nover, quoique étant créanciers ;

1° *Le mineur non émancipé*. Il a son représentant, soit dans son père, administrateur légal (art. 389), soit dans son tuteur qui exerce ses droits en son nom (art. 450). Quant à lui, la loi le déclare, en principe, incapable de tout acte d'administration aussi bien que d'aliénation. Or, s'il pouvait nover, il aliénerait l'ancienne créance pour la nouvelle. Cependant, observons que l'incapacité du mineur étant d'une nature particulière et différente en cela de celle de l'interdit et de la femme mariée, il faudra que l'acte consenti par lui, dans l'espèce la novation, lui ait fait éprouver une lésion, pour qu'il puisse le faire rescinder (1). De plus, si le mineur ne faisait l'abandon d'aucun droit, il ne pourrait jouer le rôle de créancier dans la novation, car ce serait accepter une donation, laquelle ne peut lui être valablement faite qu'avec l'acceptation du tuteur et l'autorisation du conseil de famille (art. 463), à moins qu'il n'ait des ascendants qui acceptent pour lui (art. 935).

2° *Le mineur émancipé*. Quant à lui, il pourra nover seul dans un cas : c'est lorsque l'acte pourra être

(1) Ce point est controversé. Mais l'avis que nous adoptons est le plus généralement admis (V. Marcadé, sur l'art. 1305).

considéré comme étant de pure administration. Telle serait la novation portant sur une créance de revenus (art. 481). En dehors de ce cas, il ne pourra nover qu'avec l'assistance de son curateur (art. 482).

En outre, chaque fois que l'acte, étant de pure administration, la novation sera permise, le mineur émancipé ne sera pas recevable à en demander l'annulation pour lésion. En effet, pour les actes d'administration l'émancipé est mis sur la même ligne que les majeurs (1), et l'art. 1305 ne lui permet de faire rescinder que les conventions excédant les bornes de sa capacité. Pour tous les actes concernant son commerce, le mineur émancipé est réputé majeur (2); il peut donc nover. Quant à faire ou recevoir une donation, il est soumis à l'observation de certaines formalités (3).

3° *L'interdit.* Tous actes passés par lui, postérieurement à l'interdiction, sont nuls de droit (art. 502), c'est-à-dire indépendamment de toute lésion et en rapportant seulement la preuve de l'interdiction. L'interdit ou son représentant pourra donc, pendant dix ans, à partir de la levée de l'interdiction, attaquer la novation par lui consentie durant son incapacité (4). Que s'il n'a rien aliéné en novant, c'est une donation

(1) Art. 481.
(2) Art. 487, Code Nap. — Art. 2, 3 et 6, C. com.
(3) Art. 487, 1er alinéa, et 935.
(4) Conf. art. 1125 et 1304.

qu'on lui fait, pour laquelle certaines formes sont exigées (1).

4° *La personne pourvue d'un conseil judiciaire.* La loi lui défendant de recevoir un capital mobilier et d'en donner décharge sans l'assistance de son conseil (2), il en résulte qu'elle ne peut faire seule novation. Mais l'individu pourvu d'un conseil judiciaire reste capable des actes qui ne lui sont pas défendus par la loi. Il peut donc faire tous les actes d'administration : d'où, la novation ne lui sera pas interdite, chaque fois qu'elle aura le caractère d'un acte d'administration. Elle sera permise, même en dehors de cette limite, si, en novant, il n'aliène rien ; car il peut tout ce qui ne lui est pas défendu. Or, la faculté de recevoir une donation ne rentre pas dans les prohibitions édictées par la loi.

5° *La femme mariée* (3). Elle est en principe incapable de nover, d'aliéner seule sa créance, à cause de l'autorité maritale. Mais il en est différemment : 1° sous le régime de la séparation de biens, la loi lui laissant le droit d'administrer ses biens et la faculté de disposer de son mobilier à titre onéreux (art. 1449); 2° sous le régime dotal, lorsque la femme a des

(1) Art. 463 et 935.

(2) Art. 499 et 513.

(3) Quant à la femme non mariée, elle est pleinement capable. Il n'existe, en droit français, aucune disposition analogue au S.-C. Velléien.

créances paraphernales (art. 1576). Si la femme mariée n'aliénait rien en novant, elle recevrait une donation, ce qui est contraire aux convenances conjugales (art. 217-934). Elle ne pourra donc pas nover, lorsqu'elle se trouvera être créancière à titre gratuit. Cette observation est vraie sous tous les régimes.

§ 2. *Du rôle du débiteur.*

159. Peut nover : toute personne en se portant débitrice, pourvu qu'elle soit capable de s'obliger. Chacun peut, en effet, s'engager à la place d'un autre, à son insu, et même malgré lui (1), puisqu'il lui est permis de payer dans ces conditions (2). Il suffit que le créancier accepte le nouveau débiteur à la place de l'ancien. Si la novation a lieu entre le créancier de plusieurs débiteurs solidaires et l'un d'eux, elle pourra lui être opposée par les autres débiteurs, dont la libération est certaine d'après l'art. 1281, 1er alinéa. Mais le débiteur qui s'est chargé de la-nouvelle dette aura un recours contre chacun de ses anciens codébiteurs pour la part qu'il devait supporter dans l'obligation. Il a fait, en effet, leur affaire en les libérant (3).

(1) Le seul intérêt que présente l'opposition de l'ancien débiteur à sa libération consiste dans le genre de recours qu'on accorde au nouveau débiteur contre lui.

(2) Art. 1236, *a pari*.

(3) Arg. d'analogie de l'article 1214.

160. Ne peuvent pas nover ceux qui sont incapables de s'obliger. Tels sont : le mineur non émancipé; le mineur émancipé, à moins que son obligation n'eût le caractère d'un acte de pure administration, ce qui sera assez rare (1). Nous en dirons autant de la personne pourvue d'un conseil judiciaire; de l'interdit; de la femme mariée, en principe, sauf sous le régime dotal, lorsqu'elle a des biens paraphernaux, et que la novation conserve le caractère d'un acte d'administration, et sous le régime de séparation de biens (2).

(1) Tel serait le cas d'une nouvelle obligation contractée en vue de la réparation d'un immeuble qui menacerait ruine.

(2) On a débattu la question de savoir si la femme séparée de biens peut s'obliger jusqu'à concurrence de son mobilier, même en dehors d'un acte d'administration, et si les créanciers peuvent le vendre pour se payer. Pour l'affirmative on raisonne ainsi : En principe, la femme mariée peut s'obliger. L'art. 217 qui pose les bases et les limites de son incapacité, ne le lui défend pas. Mais cette incapacité n'existe chez elle que comme conséquence de son incapacité d'aliéner. Or, sous le régime de séparation de biens, la loi lui restitue la capacité d'aliéner. Elle peut donc s'obliger jusqu'à concurrence de son mobilier. — Dans l'opinion contraire, on dit : L'art. 217 suppose chez la femme l'incapacité de contracter, car, si elle s'oblige à titre gratuit, elle *donne*, si elle s'oblige à titre onéreux, elle *acquiert*, or, ces deux facultés lui sont interdites par l'art. 217. De plus, les articles suivants en permettant à la femme de contracter, présentent une série d'exceptions qui ne font que confirmer la règle. Enfin, les art. 1124-5 rangent la femme mariée parmi les incapables de contracter. Si l'art. 1449 déroge à la règle générale en permettant à la femme séparée d'administrer ses biens (et par conséquent de s'obliger dans les limites d'un acte d'administration) et d'aliéner son mobilier, il ne déroge pas à l'incapacité de s'obliger en général. Cette différence entre l'aliénation et l'obligation se conçoit du reste, car la femme qui aliene voit immédiatement la gravité de l'acte qu'elle fait,

CHAPITRE II.

DE LA NOVATION PROPREMENT DITE OU PAR CHANGEMENT DE DETTE.

SECTION PREMIÈRE.

COMMENT S'OPÈRE LA NOVATION PROPREMENT DITE.

161. Cette espèce de novation se trouve prévue dans l'article 1271-1° : c'est celle qui a lieu par simple changement de dette et sans l'intervention d'aucune nouvelle personne (1). Tout se passe *inter easdem personas;* il n'y a qu'une nouvelle obligation, un nouvel objet. Ce genre de novation est appelé par les Allemands *novation objective* (2).

162. La nouvelle obligation peut différer de l'ancienne à plusieurs points de vue, soit par l'objet, soit par la cause, soit par les modalités, soit par les garanties accessoires.

1° *Changement d'objet.* Étant débiteur de Primus

tandis qu'il n'en est pas de même quand elle s'oblige. L'obligation a de tout temps été considérée comme une faculté plus dangereuse que l'aliénation, ainsi que le prouvent la loi *Julia De fundo dotali* et le S.-C. Velléien.

(1) Pothier. obligat., n° 582. — Locré, exposé des motifs, t. 12, p. 377.

(2) V. Zachariæ, t. 3, p. 147.

de 1,000 fr., je lui promets en place sur son consentement 100 mesures de blé.

2° *Changement de cause.* Devant une certaine somme en qualité d'acheteur, nous convenons que je ne la devrai plus qu'en qualité d'emprunteur.

3° *Changements dans les modalités ou les garanties accessoires.* Débiteur de Primus purement et simplement, nous convenons que je ne devrai plus qu'à terme ou sous condition, et réciproquement. Ou bien, débiteur sans garanties, je promets de fournir une sûreté quelconque au créancier, et *vice versa.* En principe, de semblables conventions n'emportent pas par elles-mêmes novation, vu qu'elles ne changent rien dans les éléments essentiels de l'obligation. Dans un cas, en effet, l'exécution de la dette est seulement reportée à une époque différente; dans l'autre, l'ancienne obligation se trouve plus ou moins garantie. Dans des hypothèses semblables, la nouvelle dette est considérée comme venant confirmer la première. Elle n'est d'ailleurs pas sans utilité, puisqu'elle contient une reconnaissance de l'obligation primitive, reconnaissance qui interrompt la prescription (1). Si toutefois les parties, en opérant ces modifications, exprimaient formellement leur intention de nover, il est évident que leur volonté devrait être suivie.

(1) Art. 2248, C. Nap.

SECTION II.

DES EFFETS DE LA NOVATION.

163. L'effet fondamental de la novation, celui d'où découlent les autres, est l'extinction de l'ancienne dette, opérée par là aussi bien que le ferait un paiement réel (1). Avec l'obligation primitive disparaissent tous ses accessoires : ainsi, les intérêts qu'elle produisait, la demeure qui l'aggravait, la contrainte par corps et la clause pénale qui la sanctionnaient, l'élection de domicile ou le titre exécutoire qui en facilitait l'exécution volontaire ou forcée (2), les accessoires personnels qui en assuraient le paiement (3), et les accessoires réels (4) qui la garantissaient.

164. L'extinction des accessoires de l'ancienne obligation est une disposition rigoureuse à laquelle tous les créanciers peuvent ne pas vouloir se soumettre. Il fallait donc, sous peine de les voir toujours se refuser à la novation, leur permettre de conserver ces ac-

(1) Pothier, n° 599. — MM. Toullier, t. 7, n° 297. — Rolland de Villargues, Répert., v° Novat., n° 87. — Marcadé, sur l'art. 1278, n° 1.

(2) Rolland de Villargues, Répert., v° Novat., n° 91.

(3) Art. 1281, 2e alinéa.

(4) Art. 1278 : « Les priviléges et hypothèques de l'ancienne créance ne passent point à celle qui lui est substituée... » On peut en dire autant de l'antichrèse. Pour ce qui est du gage, il constitue, sous presque tous les rapports, un véritable privilége (art. 2073).

cessoires lorsque telle était leur intention. C'est pourquoi nous voyons l'art. 1278, dont les dispositions sont du reste reproduites de la loi 12, § 5, *Qui potiores in pignore* (D. 20, 4), laisser la faculté au créancier de rattacher à la nouvelle dette les priviléges et hypothèques qui garantissaient l'ancienne (1). Cette réserve ne doit du reste pas nuire aux autres créanciers du débiteur, puisqu'elle ne peut être faite que jusqu'à concurrence du montant de la créance primitive. Elle ne leur est pas plus préjudiciable que la subrogation conventionnelle au profit de celui qui paie pour le débiteur, ou de celui qui lui prête afin qu'il paie son créancier (art. 1250).

165. La réserve dont parle l'art. 1278 est-elle possible lorsque l'immeuble hypothéqué appartient à un tiers et non au débiteur lui-même (2)? Soit Primus créancier de 1000, de Secundus, et soit une hypothèque garantissant cette dette sur les biens de Tertius: Primus et Secundus conviennent de nover l'obligation

(1) « A moins (continue l'art. 1278) que le créancier ne les ait *expressément* réservés. » L'obligation d'une réserve expresse est peut-être un peu sévère lorsque la nouvelle dette est inférieure à l'ancienne. Dans ce cas, en effet, on aurait pu dire qu'elle a lieu tacitement, et en faire une question d'appréciation du juge. Une intention différente est au contraire plus présumable lorsque la seconde dette est supérieure à la première. La loi a probablement voulu, par cette prescription, couper court à tout procès.

(2) Nous supposons, bien entendu, que la réserve est toujours faite au moment même de la novation, s'il en était différemment, ce serait le cas d'appliquer la loi 30, *De novationibus*

de 1000 en une rente perpétuelle de 50, et Primus réserve en même temps son hypothèque sur les biens de Tertius, sans le consentement de ce dernier. Cette réserve est-elle valable (1)? On défend l'affirmative (2), en se fondant sur ce que l'art. 1278, qui se contente de la mention d'une réserve sans parler de consentement, ne distingue pas entre le cas où l'immeuble hypothéqué se trouve entre les mains du débiteur ou d'un tiers. En quoi d'ailleurs, dit-on, la réserve préjudicie-t-elle au tiers détenteur, puisque le changement apporté dans l'objet n'aggrave pas l'hypothèque (1)? C'est toujours le montant de la créance primitive que celle-ci garantira ; dès lors on ne voit pas pour quel motif le consentement du tiers détenteur de l'immeuble hypothéqué serait exigé. Rien n'empêchait le créancier de se refuser à la décharge du débiteur ;

(1) La question que nous posons ici à propos de la novation par changement d'objet, peut l'être aussi dans le cas de novation par changement de débiteur. C'est même dans cette dernière hypothèse qu'elle est ordinairement discutée, et qu'elle se trouve traitée par Pothier. On se demande alors si l'hypothèque de la première dette peut être maintenue sur les biens de l'ancien débiteur, par la seule volonté du créancier et du débiteur nouveau, et sans le consentement du débiteur précédent. Du reste, la solution est la même dans les deux cas.

(2) MM. Toullier, t. 7, n° 312. — Duranton, t. 12, n° 311. — Zachariæ, t. 3, p. 155. — Poujol, Obligat., t. 2, p. 336. — Larombière, t. 3, p. 558, 559.

(3) Bien plus, lorsque c'est un débiteur primitif auquel a succédé un nouveau, il trouve de l'avantage à l'opération, puisqu'au lieu d'être tenu personnellement, il ne l'est plus que comme tiers détenteur.

pourquoi ne pourrait-il pas y consentir en la subordonnant à la survie de quelques garanties? « *Non debet, cui plus licet, quod minus est, non licere* » (1). Ce système serait le meilleur en bonne et saine législation, car, d'une part, il ne cause aucun préjudice au tiers détenteur, et de l'autre, les biens d'un tiers peuvent être valablement hypothéqués à la dette d'autrui. Mais nous doutons que ce soit celui du Code; la négative nous semble ressortir de son esprit et de l'historique de sa rédaction (2).

166. Il résulte, en effet, de la comparaison attentive de Pothier et des articles du Code qui y correspondent, que les rédacteurs ont suivi pas à pas ce jurisconsulte sur la matière. Les art. 1278, 1280, 1281 sont puisés chez lui en entier. Or, l'art. 1278 ne peut être invoqué dans la question, car sa disposition est reproduite à propos de l'hypothèse où la novation et la réserve ont lieu entre les mêmes personnes, l'immeuble hypothéqué appartenant au débiteur. Il n'y a donc rien à conclure de son silence sur la nécessité du consentement, puisque le débiteur, se trouvant présent à l'acte de novation, consent par cela même à tout ce qu'il contient. Quant à l'art. 1288, il fournit un argument très fort en faveur de notre opinion. Il décide en effet que, dans la novation qui a lieu entre le créancier

(1) L. 21, *De reg. juris.* (D. 50, 17).

(2) Pothier, t. 2, n° 599. — MM. Delvincourt, t. 2, p. 570. Marcadé, sur l'art. 1279, n° 3. — Bugnet sur Pothier, t. 2, p. 318, note 1.

et l'un des débiteurs solidaires, la réserve des hypothèques consentie par ce dernier ne peut avoir effet sur les biens de ses codébiteurs. Il s'ensuit que la réserve, pour être générale, a besoin du consentement des anciens débiteurs. Or, si ce consentement est exigé dans le cas de solidarité, alors que des liens de mandat et de société unissent étroitement les obligés entre eux, et les constituent représentants les uns des autres, à plus forte raison doit-il l'être lorsque celui sur les biens duquel on veut réserver l'hypothèque est un étranger. Arrivant maintenant à la question elle-même, nous la trouvons résolue négativement dans Pothier. Il est vrai que les motifs qu'il invoque sont loin d'être à l'abri de la critique (1). Mais sa solution n'est pas douteuse : il faut, pour que la réserve soit efficace, le consentement de la personne à qui les choses hypothéquées appartiennent. Ce principe posé,

(1) Il se fonde : 1° sur la loi 30, *De novat.*, qui, selon lui, signifierait qu'en cas de novation, les hypothèques affectées à la garantie d'une dette ne peuvent être transportées à la seconde obligation sans le consentement du débiteur primitif. Or, nous savons (V. *supra*, p. 96, note 3) que cette loi doit être entendue différemment. Dans l'espèce, la novation a eu lieu sans réserves. Les hypothèques sont donc éteintes. Les parties veulent ensuite hypothéquer les mêmes choses. La loi 30 déclare ce résultat impossible, sans le consentement de l'ancien débiteur propriétaire de ces choses. Ce texte est donc étranger à la question. 2° Sur ce que le débiteur, auquel les choses n'appartiennent pas, ne peut les hypothéquer à la nouvelle dette, sans l'assentiment du propriétaire. A cela on peut répondre qu'il ne s'agit pas d'une hypothèque à créer, mais d'une ancienne à conserver, et que le tiers d'ailleurs n'en souffre pas

Pothier en tire la conséquence que nous avons indiquée relativement à la novation opérée avec l'un des débiteurs solidaires. Or, cette conséquence ayant été exactement reproduite par les rédacteurs dans l'article 1280, il faut bien admettre qu'ils ont entendu accepter le principe du maître qu'ils ont suivi. Enfin, l'art. 1281, copiant encore en cela Pothier, défend de rattacher à la nouvelle dette la solidarité et le *cautionnement* qui garantissaient l'ancienne sans le consentement des codébiteurs ou de la caution. C'est toujours le même principe dont on tire les corollaires. Le législateur, ayant sur tous ces points expressément reproduit Pothier, ne peut avoir abandonné sa théorie sur une question en tout semblable à celles qu'il a résolues d'après lui.

167. Toullier soutient (1) que l'art. 1280 est contraire aux règles du droit et de la raison, et qu'il devrait être retranché dans une bonne législation. Il se fonde, pour le prouver, sur une contradiction qui existerait entre ce texte et l'art. 1251-3°. En effet, dit-il, le débiteur solidaire qui a fait novation avec le créancier commun, a procuré leur libération à ses codébiteurs. Il était tenu avec eux et pour eux, et, la novation ayant les mêmes résultats qu'un paiement, il acquerra par subrogation les hypothèques qu'avait le créancier. Mais ce dernier, demeurant créancier du

(1) T. 7, n° 313.

débiteur avec lequel il a fait novation, pourra exercer les droits de celui-ci, en vertu de l'art. 1166, et profitera des hypothèques comme s'il les avait réservées. D'où, conclut cet auteur, le créancier conservera ses hypothèques sans aucune réserve dans le cas de l'article 1280, contrairement à la disposition formelle de ce texte. Ce raisonnement manque de justesse. Alors même qu'il serait vrai, ce qui est fort douteux, que le débiteur solidaire qui libère ses codébiteurs par novation fût subrogé aux hypothèques du créancier, il ne faudrait pas assimiler cette opération à la réserve des hypothèques. Dans un cas, en effet, le créancier les exerce *nomine debitoris;* dans l'autre, *proprio nomine.* Or, l'intérêt de la distinction est facile à apercevoir en cas d'insolvabilité du débiteur. Il importe beaucoup au créancier de profiter seul du bénéfice de son hypothèque, au lieu de le partager entre tous les créanciers du débiteur. Les art. 1280 et 1251 ne sont donc pas contradictoires, et ont chacun leur raison d'être.

168. En résumé, il faut admettre que la réserve des hypothèques ne peut avoir lieu sans le consentement du propriétaire des immeubles hypothéqués. Ce système, qui n'a pas été adopté par le Code en matière de subrogation, se trouve mal à propos conservé pour la novation (1). Mais il est critiquable : rien de plus

(1) On a essayé de le justifier en disant qu'il est nécessaire que le

facile que de tourner ses prescriptions. Le créancier n'aura, en effet, qu'à subordonner la novation à la condition du paiement intégral de la nouvelle dette, auquel cas, s'il n'est pas payé, il reprend son ancienne créance avec tous ses accessoires; ou bien encore, il peut ne consentir à la novation que si les propriétaires des biens hypothéqués accèdent à la nouvelle dette (arg. d'analogie de l'art. 1281-3°).

169. La novation éteint, avons-nous dit, les garanties personnelles de l'ancienne créance aussi bien que les garanties réelles. Aussi les cautions seront-elles libérées par la novation faite avec le débiteur principal (art. 1281-2°). Mais indépendamment de ce texte, la caution trouverait sa libération écrite dans une autre disposition législative. Le créancier s'est, en effet, mis par son fait, en opérant novation, dans l'impossibilité de la subroger à ses droits éteints. Or, ce seul fait suffit pour la décharger (art. 2037), à moins qu'elle n'ait accédé au nouvel engagement. — De même, la novation faite avec l'un des codébiteurs solidaires libère les autres (art. 1281-1°). Mais si le codébiteur n'a nové que pour sa part, ce qui est possible, la créance solidaire

propriétaire sache que son immeuble est hypothéqué, afin de surveiller la conservation de ses droits dans ses nouveaux rapports avec le débiteur actuel, et notamment au point de vue de l'efficacité de son recours. Mais on peut répondre que cette considération conduirait seulement à dire qu'il suffit d'avertir celui sur les biens duquel on a réservé les hypothèques.

sera maintenue au profit du créancier, sans la déduction de la part de celui qui a nové (art. 1210).

170. Il peut se faire que le créancier désire réserver le cautionnement ou la solidarité en opérant novation. La loi ne s'y oppose pas (1); seulement, elle exige le consentement des débiteurs solidaires ou des cautions pour les rattacher à la nouvelle dette (art. 1281-3°). Cette prescription se conçoit facilement lorsqu'on songe que le cautionnement et la solidarité sont des conventions faites *intuitu personæ et intuitiò rei.* J'ai pu, en effet, cautionner telle obligation facile à remplir, mais mon intention n'est pas de garantir telle autre d'une exécution fort difficile. Je puis cautionner tel débiteur que je crois solvable; je ne voudrais pas, au contraire, m'engager pour tel autre qui ne l'est peut-être pas. En outre, le cautionnement a quelquefois lieu pour rendre service au créancier; or, cette intention change avec la personne à laquelle elle s'adressait. Le créancier qui voudra réserver le cautionnement ou la soli-

(1) La novation faite avec la caution est censée, en principe, ne porter que sur le cautionnement. Il ne libère que les cautions (art. 1281-2°, *a contrario*). Il en est differemment du serment déféré à la caution sur l'existence de la dette (1365-5°). Le débiteur principal se trouve libéré par lui. Cette disposition a l'avantage d'empêcher que le créancier, en poursuivant le débiteur, ne puisse faire constater par jugement l'existence de la dette, ce qui tendrait à convaincre la caution de parjure; elle peut se justifier par l'autorité du droit romain, qui attachait une grande importance à la sainteté du serment (l. 28, §§ 1 à 3, *De jurejur.*, D., 12, 2).

darité, pourra donc ne nover que sous la condition de l'acquittement de la dette ou de l'accession des cautions et des codébiteurs à la nouvelle obligation.

171. Lorsque la novation s'opère par la substitution d'un nouveau débiteur, qu'elle résulte d'une expromission ou d'une délégation, il est évident que les priviléges et hypothèques primitifs ne peuvent passer sur les biens du nouveau débiteur. Le créancier en fera vainement la réserve; les hypothèques de la nouvelle créance ne pourront emprunter la date et le rang d'inscriptions qui appartenaient à celles de l'ancienne. Une semblable rétroactivité eût été injustement préjudiciable aux anciens créanciers hypothécaires du nouveau débiteur. Tout ce que ce dernier peut faire est de consentir d'autres hypothèques prenant rang à compter de leur inscription actuelle. Tel est le sens de l'art. 1279. On peut lui reprocher d'être assez inutile, puisqu'il est certain que le débiteur ne peut par son fait volontaire nuire aux droits acquis. Mais peut-être la loi a-t-elle voulu y écrire le principe que la réserve des anciennes sûretés ne pourrait être convenue entre le créancier et le nouveau débiteur sans le consentement de l'ancien, et l'a-t-elle mal exprimé.

CHAPITRE III.

DE LA NOVATION PAR CHANGEMENT DE DÉBITEUR.

172. Cette espèce de novation peut s'opérer de deux manières différentes. La substitution du nouveau débiteur à l'ancien peut être l'effet d'un mouvement spontané de sa part ou d'un ordre de l'obligé primitif. Dans le premier cas, il y a expromission (1) ; dans le second, délégation.

173. Il faut se garder de confondre la novation par changement de débiteur avec plusieurs autres opérations qui en approchent en apparence, et qui cependant visent chacune une hypothèse particulière. Telles sont :

1° *L'indication de paiement.* — Débiteur de Primus, je charge Secundus, mon débiteur, de payer à ma place. Ce mandat de payer n'opère pas novation (art. 1277-1°). Si donc Secundus ne paie pas à Primus, c'est moi qui devrai le faire. Si, au contraire, il exécute son mandat, il se libère envers moi et éteint en même temps ma dette envers Primus, auquel il est indifférent d'être payé par un tiers ou par moi.

2° *La mise en gage d'une créance.* — Je dois

(1) M. Bigot de Préameneu, *Exposé des motifs*, Locré, t. 12, p. 377.

1,000 fr. à Primus ; n'ayant pas l'argent nécessaire pour le payer, je lui donne en gage ma créance de pareille somme contre Secundus, je lui en remets les titres. Il n'y a là rien qui ressemble à une novation. Primus aura une sûreté de plus et pourra recevoir le montant de la dette de Secundus. Ce paiement aura le double effet de me libérer envers Primus et de dégager Secundus à mon égard.

3° *La dation en paiement d'une créance.* — Je suis débiteur de 1,000 fr. envers Primus. Je lui cède en place ma créance de pareille somme contre Secundus. Je compense ainsi ma dette avec le prix de ma créance que Primus achète. Mais il n'y a pas novation, parce qu'il n'y a pas création d'une nouvelle obligation. On appliquera les art. 1689 et suivants.

4° *L'adpromission, c'est-à-dire le cautionnement.* — Le créancier de Primus le menaçant de le poursuivre, ce dernier, pour avoir un peu de répit, obtient de Secundus de faire cautionner sa dette. Il n'y a nullement novation, puisque l'*adpromissor* vient seulement s'adjoindre au débiteur principal sans éteindre la dette. On peut cautionner la dette *proprio motu* (art. 2014), ou sur la présentation du débiteur. Dans ce cas il y a délégation imparfaite, sans novation (art. 1275).

SECTION PREMIÈRE.

DE L'EXPROMISSION ET DE SES EFFETS.

174. Lorsque le nouveau débiteur se présente sans mandat et vient s'obliger à la place de l'ancien, on dit qu'il y a *expromission*. C'est le cas de l'art. 1274 : « La novation par la substitution d'un nouveau débiteur peut s'opérer sans le concours du premier débiteur. » Il en est de la novation comme du paiement (art. 1236) ou du cautionnement (art. 1214) d'une obligation par un tiers. Le droit français est sur ces points conforme à la législation romaine (1).

175. Mais si l'expromission peut avoir lieu sans le consentement de l'ancien obligé, il en est différemment du créancier. Il n'est pas possible de se passer de son adhésion, car il ne peut être contraint d'accepter pour débiteur une autre personne dont les conditions de solvabilité sont peut-être différentes. Du reste, quand même le nouvel obligé présenterait toutes les garanties désirables, le créancier est maître de repousser

(1) « *Solvere pro ignorante et invito cuique licet* (l. 53, *De solut.*, D., 46, 3). » « Quod enim debeo, si alius promittat, liberare me potest, si novationis causa hoc fiat : si autem *non novandi animo hoc intervenit*, uterque quidem tenetur. » « *Liberat me is qui quod debeo promittit, etiam nolim* (l. 8, § 5, *De novat.*, D., 46, 2).

son engagement, sa volonté étant souveraine en cette matière. Il peut d'ailleurs toujours invoquer les termes de l'art. 1243 : « Le créancier ne peut être contraint à recevoir une autre chose que celle qui lui est due, quoique la valeur de la chose offerte soit égale ou même plus grande. »

176. L'expromission se présente rarement en pratique ; rarement on voit quelqu'un se charger spontanément des dettes d'un tiers. Cependant, ce genre de novation, qui le plus souvent revêt les caractères d'un acte à titre gratuit, peut aussi être l'expression d'une volonté contraire. Je sais que Primus, auquel je dois 100, doit une même somme de 100 à Secundus. Je m'oblige, sans mandat, à payer à Secundus les 100 que je dois à Primus. Il y a bien expromission ; j'ai libéré, en me présentant spontanément, Primus envers Secundus, si d'ailleurs ce dernier a consenti à libérer Primus par suite de cette opération. Mais mon but était intéressé, puisque j'ai voulu par là me libérer aussi envers Primus. — Si l'acte duquel doit résulter la novation ne dénote pas suffisamment l'intention de nover, le nouvel obligé ne sera que la caution de l'autre.

177. L'expromission, de même que la novation proprement dite, éteint l'ancienne dette avec tous ses accessoires, sauf les réserves que peut faire le créancier, de l'assentiment des tiers intéressés. Quant au nouveau débiteur qui remplace l'ancien, on lui accorde

un recours contre ce dernier s'il a payé le créancier. Mais l'étendue de ce recours varie d'après les cas.

178. 1° Le nouveau débiteur s'est-il engagé sur le mandat exprès ou tacite de l'ancien, il aura l'action *mandati* contre eux, par laquelle il se fera tenir compte de toutes ses dépenses. Ce cas ne se confond pas avec la délégation, vu qu'ici le créancier ignore le mandat donné par le délégant au délégué.

2° L'ancien débiteur ignorait-il l'intention de l'*expromissor* de le libérer en s'obligeant à sa place? celui-ci aura contre l'obligé primitif une action de gestion d'affaires, par laquelle il se fera rembourser toutes les dépenses utilement faites. Il pourra en outre, dans ce cas comme dans le précédent, réclamer les intérêts de ses déboursés à partir du jour où il les a faits (arg. de l'art. 2001). 3° Le nouveau débiteur s'est-il engagé malgré l'opposition de l'ancien? il n'aura contre lui qu'une action *de in rem verso*. Ce recours est basé sur le principe que personne ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui. L'ancien débiteur ne sera tenu, dans ce cas, que dans la limite du profit qu'il aura retiré de la novation. Ainsi, il pourra obtenir du juge, non-seulement des délais modérés, conformément à l'art. 1244, mais des délais très étendus, s'il prouve que son ancien créancier les lui eût facilement accordés; de plus, les intérêts ne seraient dûs à l'*expromissor* que du jour de sa demande en justice, selon la règle générale de l'art. 1153, à moins que la dette

éteinte ne fût elle-même productive d'intérêts. Ajoutons que l'action du nouveau débiteur, intervenue malgré la volonté de l'ancien pour le libérer, se prescrira par le laps de temps qui restait à courir pour la prescription de la dette éteinte, tandis que l'action de mandat et de gestion d'affaires ne se prescrivent que par trente ans à partir du paiement (art. 2262). 4° Résulte-t-il des circonstances que l'*expromissor* est intervenu *animo donandi?* aucun recours ne lui sera accordé contre le débiteur primitif, et il y aura lieu à l'application des règles spéciales à la matière des donations.

SECTION II.

DE LA DÉLÉGATION.

§ 1er. *Comment s'opère la délégation.*

179. La délégation est l'indication, faite au débiteur par le créancier, d'une personne qui doit payer à sa place. Déléguer, c'est donner au créancier un nouvel obligé au lieu et place de l'ancien : « *Delegare est vice sua alium reum dare creditori* (1). » La délégation se divise en *parfaite* et *imparfaite*. La première est celle qui opère novation, dans laquelle il y a substitution d'un débiteur à un autre. La seconde a lieu lorsqu'il y a simple concours de deux débiteurs,

(1) L. 11, De novat. (D., 46, 2).

et pas de novation (1). On distingue donc de nos jours la délégation qui opère de celle qui n'opère pas novation, contrairement à la signification de cette expression en droit romain et dans l'ancien droit français. Le mot *délégation* ne s'appliquait, en effet, que dans le cas où il y avait novation, où l'ancien débiteur en donnait un *à sa place* (2).

180. La délégation suppose le concours de trois volontés : 1° celle du délégant, qui donne un nouveau débiteur ; 2° celle du délégué, qui s'oblige envers le créancier ou envers la personne indiquée par le créancier ; 3° celle du délégataire, qui accepte l'engagement du délégué ou même décharge le délégant. Nous voyons par là que la délégation diffère de l'expromission, où le consentement de l'ancien débiteur est inutile, et de la cession de créance, dans laquelle on se passe de l'adhésion du débiteur cédé. La délégation se distingue également de la subrogation à plusieurs points de vue : 1° elle exige le concours de trois personnes, tandis que la subrogation n'en demande que deux ; 2° elle naît toujours de la convention des parties, alors que la subrogation a lieu quelquefois par la seule force de la loi ; 3° la créance même

(1) Art. 1275 : « La délégation par laquelle un débiteur donne au créancier un autre débiteur qui s'oblige envers le créancier *n'opère point de novation si* le créancier n'a expressément déclaré qu'il entendait décharger son débiteur qui a fait la délégation. »

(2) Pothier, t. 2, n° 600.

du subrogeant avec tous ses accessoires passe au subrogé, tandis que le délégataire acquiert une tout autre créance que celle du délégant, celle-ci étant entièrement éteinte.

181. Le résultat le plus fréquent de la délégation est d'opérer une double novation : novation du délégant au délégataire, par la substitution d'un nouveau débiteur à l'ancien qui est libéré; et novation du délégant au délégué, par la substitution d'un nouveau créancier à l'ancien, envers lequel le débiteur se trouve déchargé (1). De cette façon, le paiement effectué par le délégué éteint deux dettes, celle du délégué envers le délégant, et celle du délégant envers le délégataire. C'est ce qui arrive chaque fois que l'ancien débiteur délègue au créancier son propre débiteur (2). Il peut même fort bien se faire qu'une seule délégation opère une série de novations (3).

182. Pour que la délégation opère novation, il faut que l'ancien débiteur soit déchargé par le créancier. L'art. 1275 exige même que celui-ci déclare *exprcs-*

(1) Pothier, t. 2, no 600.

(2) Mais il n'est pas indispensable que le délégant soit créancier du délégué. Ce dernier peut ne lui rien devoir, et la délégation acceptée n'en être pas moins parfaite. Seulement le paiement opéré a pour but de le constituer à son tour créancier du délégant.

(3) Ainsi, Primus doit 1000 à Secundus; celui-ci doit 1100 à Tertius, lequel doit autant à Quartus. Ces quatre personnes conviennent que Primus promettra 1000 à Quartus pour opérer novation. De cette façon, les créances de Quartus sur Tertius, de Tertius sur Secundus, de Secundus sur Primus s'éteindront à la fois.

sément qu'il entend décharger son débiteur qui a fait la délégation, pour que la novation ait lieu. On a conclu des termes de cet article qu'il ne suffirait pas que l'intention de nover résultât clairement de l'acte, conformément à l'art. 1273, mais qu'il fallait une expression *formelle* de volonté à cet égard, sans aller cependant jusqu'à exiger l'emploi d'une formule sacramentelle (1). Cette opinion nous paraît inadmissible (2). D'abord, il est fort difficile de la réduire à une formule claire et précise. En effet, ses partisans protestent qu'ils n'exigent pas de termes sacramentels; d'un autre côté, ils ne veulent pas qu'une déclaration soit suffisamment expresse, si elle ne résulte que de l'ensemble de l'acte. Qu'exigent-ils donc? une *phrase spéciale* ayant pour but de manifester cette intention. Mais alors deux phrases ne pourraient pas se compléter l'une par l'autre, de manière à ce qu'on en tirât une déclaration de nover? Sans doute, on reculera devant ce résultat. Mais si le juge peut combiner deux phrases, pourquoi par trois, quatre; où sera la limite; n'arrive-t-on pas forcément à se contenter d'une intention déclarée par l'ensemble des termes de l'acte? L'opinion que nous combattons oublie d'ailleurs que la novation n'est ni un contrat solennel, ni même

(1) Zachariæ, t. 3, sur la novation. Son opinion est adoptée par ses annotateurs, MM. Aubry et Rau, Massé et Vergé. — Toullier, t. 7, nº 290. — Marcadé, sur l'art. 1275.

(2) V. Pothier, t. 2, nº 594. — M. Duranton, t. 12, nº 309.

un contrat où un écrit soit toujours exigé *ad probationem*. Le consentement des parties peut se manifester par paroles, par écrit, par message, même par signe. Que devient donc la nécessité d'une phrase spéciale, d'une déclaration particulière distincte de l'ensemble de l'acte pour manifester l'intention de nover? Rien d'ailleurs dans les travaux préparatoires du Code Napoléon n'indique qu'on ait voulu s'écarter de la règle générale posée dans l'art. 1273, lequel s'applique aux trois modes de nover prévus dans l'art. 1271. Les pays de droit coutumier se contentaient d'une manifestation claire de la volonté des parties, sans distinction entre les diverses espèces de novation, et sans exiger plus pour l'une que pour l'autre. Enfin, Pothier ne différencie également en rien la délégation sous le rapport des termes à employer. Bien plus, dans les pays de droit écrit où la constitution 8 du Code était encore appliquée, la délégation était admise plus facilement que toute autre espèce de novation (1). Il semble donc naturel d'interpréter l'art. 1275 par l'article 1273. Néanmoins il sera plus prudent de la part des contractants de mentionner expressément l'intention de nover.

183. Lorsque le débiteur délégant n'a pas été

(1) Claude Serres : « Lorsqu'il est intervenu une délégation parfaite et que le débiteur délégué a accepté, il se fait novation, *quoique sans expression*, en sorte que le débiteur qui a fait la cession et la délégation est entièrement libéré, de même que le délégué. »

déchargé par le créancier délégataire, il y a *délégation imparfaite.* C'est un cas d'*adpromissio* plutôt que de délégation, d'accession de débiteur et non de novation. Le délégant continuera en effet d'être tenu, et sera forcé de payer à défaut du délégué. L'absence de novation est encore plus évidente lorsqu'il y a simple indication faite par le débiteur d'une personne qui doit payer à sa place (1). L'indication de ce tiers débiteur, qui ne contracte personnellement aucune obligation envers le créancier, ne peut pas substituer par elle-même ce tiers à l'ancien débiteur.

§ 2. *Des effets de la délégation* (2).

184. L'effet le plus remarquable de la délégation est la libération du délégant et son remplacement par le délégué. L'ancienne créance est éteinte avec ses accessoires, et la nouvelle lui est substituée. Elle contient toujours une novation, quelquefois deux, lorsque le délégué est débiteur du délégant, et peut même en opérer plusieurs à la fois, ainsi que nous l'avons déjà dit (3).

(1) Article 1277-1°.

(2) Nous ne parlerons, bien entendu, que de la délégation parfaite, l'autre n'apportant aucune modification à la dette, si ce n'est l'adjonction d'un débiteur.

(3) En termes de bourse, c'est ce qu'on appelle faire des *revirements*. Plusieurs spéculateurs se réunissent, et si parmi eux il s'en trouve deux dont l'un soit débiteur sans être créancier de personne,

185. Mais supposons que le délégué se trouve insolvable : lequel, du délégant ou du délégataire, supportera l'insolvabilité ? La question se trouve résolue dans l'art. 1276 qui s'exprime ainsi : « Le créancier qui a déchargé le débiteur par qui a été faite la délégation n'a point de recours contre ce débiteur si le délégué devient insolvable, à moins que l'acte n'en contienne une réserve expresse, ou que le délégué ne fût déjà en faillite ouverte, ou tombé en déconfiture (1), au moment de la délégation (2).

186. En droit romain, le principe relatif à l'insolvabilité du délégué consistait à faire supporter tous les risques actuels et futurs par le délégataire (3). C'était

et l'autre créancier sans être débiteur, ces deux seulement sont mis en rapport au moyen de délégations successives, et toutes les obligations intermédiaires sont éteintes. Ces opérations ont l'avantage d'éviter une foule de paiements successifs.

(1) La faillite est l'état d'un commerçant qui cesse de faire honneur à ses engagements. Son ouverture se place à l'époque fixée par le tribunal de commerce comme étant celle de la cessation des paiements (art. 441, C. de com.). Elle ne prouve pas l'insolvabilité du débiteur. — La déconfiture est l'état d'une personne non commerçante dont le passif est supérieur à l'actif. Le Code, dans lequel il en est question plusieurs fois (art. 1865, 1913, 2003), ne trace nulle part les règles relatives à cette matière.

(2) Remarquons, en passant, la rédaction assez singulière de cet article, qui présente comme une exception à la règle un cas qui n'y rentre pas. En effet, la règle est qu'il n'y a pas de recours contre le délégant si le délégué *devient* insolvable après la délégation. Or, est-ce une exception à ce principe que de dire : On pourra poursuivre le délégant si le délégué *était* insolvable au moment de la délégation?

(3) L. 26, § 2 ; l. 45, § 7, Mandati (17, 1) ; l. 68, § 1, De evict. (21, 2).

lui qui devait veiller à ne pas accepter une mauvaise créance; s'il l'avait négligé, c'était à lui d'en souffrir. On exceptait les cas de dol du délégant et ceux où la délégation était déclarée faite à ses risques et périls. Cujas crut trouver dans le rapprochement de deux textes (l. 22, § 2, *Soluto matrimonio*, D. 24, 3; l. 41, § 3, *De jure dot.*, D. 23, 3) l'idée qu'en cas d'insolvabilité actuelle, les risques étaient pour le délégant, lorsque le délégataire se trouvait l'ignorer (1). Mais si dans ces textes l'insolvabilité du délégué est à la charge de la femme délégante, lorsque le mari délégataire n'en avait pas connaissance au moment de la délégation, c'est au point de vue de la restitution de la dot et parce que le mari ne peut être contraint à rendre plus qu'il n'a reçu. L'opinion de Cujas fut vivement réfutée par Despeisses qui se fondait sur ce que décider comme le savant jurisconsulte : « C'était empêcher la délégation de produire jamais la libération du délégant, qui est l'effet qu'elle

(1) « ... Item, quæ est alia exceptio, nisi creditor deceptus per ignorantiam fuerit. Non dico, per dolum delegantis, sed *per ignorantiam*, per *errorem*, *quia existimavit bonum esse nomen*, *quod erat malum*, *quod ei delegabatur*. Nam et hoc casu æquum est, ne delegatio liberet delegantem. Æquum est ut sit creditori integra actio adversus delegantem, quod per errorem existimaverit, locupletem sibi debitorem delegari, qui egenus erat, et hoc confirmatur, de soluto matrimonio, l. 22, § 2, l. 41, § 3, *De jure dotium*, quæ non abs re ait, tunc bonum videri nomen esse, quod admisit creditor sibi delegatum, sciens quale esse nomen : ignoranti etiam subvenire æquum est. » (Cujas, ad legem 26, § 2, Mandati, t. 2, *Oper. postum.*, col. 500.)

doit avoir par sa nature, puisque le créancier dira toujours qu'il a ignoré l'insolvabilité du débiteur qu'on lui a délégué. » Pothier, tout en rapportant l'opinion de Despeisses, adopte celle de Cujas comme plus équitable (1).

187. Quant au Code, il distingue entre l'insolvabilité actuelle et future du délégué. La première est aux risques du délégant (2) ; la seconde, à la charge du délégataire. Cette théorie, présentée à tort par Cujas comme étant celle du droit romain, combattue par Despeisses et adoptée par Pothier, a passé ainsi dans la législation française. Si sa filiation historique n'est pas à l'abri de tout reproche, sa décision est néanmoins conforme à l'équité. La loi pense, en effet, que si le délégataire ne s'est pas réservé un recours contre le délégant, dans le cas de faillite ouverte ou de déconfiture du délégué au moment de la délégation, c'est qu'il ne connaissait pas l'état de ce dernier (3), et elle lui donne ce recours de plein droit. Elle ne veut pas que le créancier reçoive en échange d'une

(1) Pothier, t. 2, n° 604.

(2) Pourvu, bien entendu, que le délégataire ne l'ait pas connue, car *volenti non fit injuria* (Rapport de M. Jaubert au Tribunat, Locré, t. 12, p. 481). Pour ce qui est du délégant, peu importe qu'il connût ou non l'insolvabilité du délégué (Maleville, sur l'article 1276).

(3) Ceci est assez extraordinaire, car l'erreur, de même que tout autre vice de consentement, ne se présume pas. C'est à celui qui l'invoque à prouver son existence. Aussi ne peut-on considérer cette partie de l'article 1276 que comme une disposition toute de faveur pour le délégataire.

créance certaine un droit illusoire, puisque le délégataire rend souvent un service et ne spécule pas.

188. Mais quelle est la nature du recours du délégataire contre le délégant? Est-ce l'action de son ancienne créance qu'on lui restitue, ou une simple action en garantie résultant implicitement du mandat à lui donné par le délégant?

L'intérêt de la question se conçoit si l'ancienne créance était pourvue d'accessoires qui manquent à l'action en garantie. — Dans un premier système, on soutient que le délégataire, en cas d'insolvabilité actuelle du délégué, rentre dans son droit primitif et reprend ses gages, ses hypothèques. On invoque pour cela : 1° l'autorité de Cujas : « *Æquum est ut sit creditori integra actio adversus delegantem* » (1). 2° L'opinion de M. Bigot Préameneu dans son exposé des motifs (2). 3° L'argument qu'il y a dans l'espèce erreur sur la substance, d'où la possibilité de se prévaloir des art. 1109 et 1110. En effet, dit-on, si le créancier avait eu connaissance de l'insolvabilité, il

(1) Cujas, sur la loi 26, § 2, Mandati (V. ci-dessus p. 212, note (1).

(2) « Le créancier pourrait aussi être admis *à revenir contre la décharge donnée*, si elle avait été surprise, et on le présumerait, si la personne déléguée était déjà en faillite ouverte ou tombée en déconfiture au moment de la délégation. L'équité a dû faire consacrer cette opinion. La délégation est un contrat commutatif dans lequel le créancier qui doit recevoir un équivalent de la décharge qu'il consent au profit du premier débiteur n'en recevrait cependant aucun, si le débiteur substitué était dès lors notoirement insolvable. » (Locré, t. 12, p. 379).

n'aurait jamais consenti à libérer son débiteur. 4° La similitude qui existe entre la dation en paiement et la novation. Lorsqu'il y a eu dation en paiement, on admet généralement, et nous avons résolu la question en ce sens, que l'action primitive renaît en cas d'éviction. Or, l'inefficacité de la créance ressemble fort à une éviction; le créancier qui ne peut être payé pour une cause existant lors de la délégation est véritablement évincé (1). Le mot *éviction* a, en effet, un sens général qui permet de l'appliquer aux objets corporels comme aux créances. C'est ce qui ressort du rapprochement des articles 884 et 886, dans le premier desquels l'expression éviction est prise *lato sensu* (1). 5° Un *a fortiori* tiré de l'article 1638. Cet article permet à un acheteur de demander la résiliation du contrat de vente lorsque l'héritage acheté se trouve grevé de servitudes non apparentes d'une importance telle que, s'il les eût connues, l'acheteur n'aurait probablement pas acheté. Or, le délégataire doit être au moins

(1) Dans ce système, les cautions devraient rester libérées (arg. 2038).

(1) Article 884 : « Les cohéritiers demeurent respectivement garants, les uns envers les autres, des troubles et évictions seulement qui procèdent d'une cause antérieure au partage; la garantie n'a pas lieu si l'espèce d'éviction soufferte a été acceptée par une clause particulière et expresse de l'acte de partage; elle cesse si c'est par sa faute que le cohéritier souffre l'éviction. »

Article 886 : « La garantie de la solvabilité du débiteur d'une rente ne peut être exercée que dans les cinq ans qui suivent le partage. Il n'y a pas lieu à garantie, à raison de l'insolvabilité du débiteur, quand elle n'est survenue que depuis le partage consommé. »

traité aussi favorablement que l'acheteur d'un héritage, puisqu'il est plus digne de faveur que celui-ci. Il est possible, en effet, qu'il n'ait accepté la délégation que comme l'unique moyen de se faire payer.

6° Un argument tiré de l'article 1299 ainsi conçu : « Celui qui a payé une dette qui était de droit éteinte par la compensation, ne peut plus, en exerçant la créance dont il n'a point opposé la compensation, se prévaloir, au préjudice des tiers, des priviléges ou hypothèques qui y étaient attachés, à moins qu'il n'ait eu une juste cause d'ignorer la créance qui devait compenser la dette. » Pourquoi, dit-on, le délégataire ne serait-il pas aussi favorisé que celui qui paye par erreur ce qu'il ne doit pas?

Dans un second système, qui nous semble préférable, le délégataire n'a contre le délégant qu'une action en indemnité, naissant de l'inexécution du mandat. La novation qui s'est opérée par la délégation est absolue et irrévocable, son extinction est indépendante des circonstances postérieures. La rédaction même de l'art. 1276 se refuse à la résurrection de l'action primitive, car la loi met sur la même ligne le recours exercé en cas d'insolvabilité actuelle et celui exercé lorsque l'insolvabilité suit la délégation, mais que l'acte contient une réserve expresse. Or, puisque dans ce dernier cas il n'est certainement question que d'un recours en garantie, il doit en être de même de l'autre cas, sous peine de se

voir forcé de dire que le mot *recours* est pris dans le même article sous deux acceptions différentes. D'ailleurs, s'il s'agit de recours, c'est précisément à cause du dommage causé au créancier par l'extinction de l'ancienne créance (1).—Quant aux arguments de l'opinion contraire, on peut y répondre ainsi qu'il suit : une phrase incidente de Cujas et l'avis personnel de M. Bigot Préameneu ne peuvent prévaloir contre les principes de la matière. Or, le délégataire qui a accepté le délégué sans réserves a libéré définitivement le délégant. Si plus tard il ne peut se faire payer, la loi lui permet de se faire indemniser par ce dernier. Mais rien n'autorise à faire revivre pour cela l'ancienne action. S'il en est différemment en cas d'éviction de la chose donnée en paiement, c'est que l'intention de celui qui recevait la chose était d'en devenir propriétaire, et que l'éviction prouve qu'il ne l'a jamais été. Dans l'espèce au contraire, le délégataire a voulu devenir créancier et il l'est toujours, quoique le délégué ne puisse le payer. Il ne peut donc à proprement parler être question d'éviction. D'ailleurs Pothier, que les rédacteurs ont constamment eu en vue pour les solutions à adopter, ne mentionne nulle part la résurrection de l'ancienne créance (2). Qu'on ne dise pas que si le délégataire avait connu l'insolvabilité du délégué,

(1) MM. Toullier, t. 7, n° 303.—Duranton, t. 12, n° 327. — Zachariæ, t. 3, p. 153-154. — Marcadé, sur l'art. 1276.

(2) Pothier, t. 2, n° 604.

il se serait refusé à la libération du délégant, qu'il y a erreur sur la substance, car la substance est une qualité constitutive dont l'absence fait passer la chose dans une autre catégorie de substantifs, et qui n'est pas susceptible de plus ou de moins. — Or, la plus ou moins grande solvabilité du débiteur n'altère pas la substance de la créance qui conserve toujours son nom et son essence. Le texte de l'article 1276 montre d'ailleurs que si le délégataire avait prévu l'insolvabilité, il se serait réservé seulement un *recours*. Or, le silence du délégataire ne peut lui être plus avantageux qu'une réserve expresse. En outre, on peut dire qu'il s'agit ici d'une disposition de faveur que la loi accorde ou refuse sans s'inquiéter de l'intention des parties. Ainsi, dans le cas de cession de créance, le cessionnaire a bien l'intention de faire une bonne affaire, puisque c'est un spéculateur, et cependant la loi (articles 1693-1694) décharge le cédant de la garantie de la solvabilité même actuelle (1). Or, dans cette espèce également on pourrait invoquer les articles 1109-1110. Pour ce qui est de l'article 1638, on peut répondre

(1) Cette différence entre le délégataire et le cessionnaire repose sur l'idée que le délégant rend souvent service, et que souvent aussi il est forcé d'accepter la nouvelle créance, car des mauvais payeurs on reçoit ce qu'on peut. Le cessionnaire, au contraire, n'est mu que par une pensée de lucre. — Peut-être aurait-on pu faire exception à l'article 1694, en cas de vente d'une créance accomplie, pour s'acquitter d'une dette. Il n'entre alors dans l'opération aucune idée de spéculation.

que l'acheteur n'y acquiert qu'une partie de la propriété promise, tandis que le délégataire devient créancier en totalité. D'ailleurs, la vente a des règles spéciales en cette matière qu'il n'est pas permis d'étendre par voie d'analogie. Enfin l'article 1299 qu'on invoque aussi, prévoit un cas plus favorable que l'art. 1276. C'est une personne qui y paye sans pouvoir connaître sa libération, tandis que le délégataire pourrait prendre ses précautions et prévoir l'insolvabilité du délégué. Du reste le point de savoir si c'est l'ancienne créance qui renaît dans le cas de l'article 1299, est lui-même contesté.

189. Que faudra-t-il décider, si le délégué a accepté la délégation se croyant à tort débiteur du délégant, alors que sa dette était nulle, éteinte ou annulable ? Son obligation sera-t-elle nulle faute de cause ou restera-t-il tenu envers le délégataire, sauf son recours contre le délégant (1) ? Le droit romain distinguait si la délégation avait eu lieu à titre onéreux ou à titre gratuit. Le délégant était-il débiteur du délégataire ? le délégué était valablement tenu, on ne lui accordait qu'un recours contre le délégant. Il était en faute de s'être engagé trop légèrement ; quant au délégataire, il ne faisait que recevoir ce qui lui était dû (2). Le délégataire était-il au contraire donataire,

(1) Nous supposons qu'il ignorait ses moyens de défense; car, s'il les connaissait, il serait censé en avoir fait remise.

(2) L. 12, De novat. (D., 46, 2).

au lieu d'être créancier ? le délégué n'était pas tenu. Il était préféré au délégataire qui combattait *de lucro captando* (1). En est-il de même aujourd'hui ? La plupart des auteurs (2) reproduisent la solution romaine, en s'appuyant sur les mêmes motifs (3).

Un tempérament peut, néanmoins, trouver place dans le cas où le délégataire est créancier à titre onéreux (4); le délégué peut alors se faire libérer de son obligation, ou répéter s'il a payé, dans l'hypothèse où le délégataire n'a pas supprimé son titre (arg. 1377). Le délégué invoque, en effet, son erreur, et le délégataire ayant son titre peut toujours recourir contre le délégant qui n'a été déchargé qu'indûment. S'il y avait eu suppression du titre, le délégué serait forcé de payer (5).

190. La délégation peut être faite sous condition suspensive. Dans ce cas, le délégant ne sera libéré que par l'événement de la condition; mais il ne pourra

(1) L. 2, § 3, De donat. (D., 39, 5).

(2) Pothier, t. 2, n° 602. — Toullier, t. 7, n° 319. — Marcadé, sur l'art. 1275.

(3) Nous supposons toujours que le délégué n'était pas débiteur du délégant. Si le délégant ne l'était pas du délégataire, la novation serait impossible en tous cas, puisqu'elle manquerait de cause.

(4) M. Duranton, t. 12, n°s 330 à 334.

(5) Art. 1377 : « Lorsqu'une personne qui, par erreur, se croyait débitrice a acquitté une dette, elle a le droit de répétition contre le créancier. Néanmoins, ce droit cesse dans le cas où le créancier a supprimé son titre par suite du paiement, sauf le recours de celui qui a payé contre le véritable débiteur. »

être poursuivi par le délégataire tant qu'on ne sera pas certain de l'inaccomplissement de celle-ci, parce qu'on ne saura qu'alors s'il était encore débiteur. Quant au délégué, il ne peut non plus être actionné, car ce n'est que par la réalisation de la condition qu'il devient débiteur du délégataire, et par sa défaillance qu'il le demeure du délégant (1).

CHAPITRE IV.

DE LA NOVATION PAR CHANGEMENT DE CRÉANCIER.

191. Il est question de ce genre de novation dans l'art. 1271-3°, et l'art. 1277-2° y fait allusion.

192. La novation par changement de créancier a lieu lorsqu'un nouvel engagement est contracté par le débiteur envers un autre créancier, sur l'ordre de l'ancien, lequel doit consentir, car on ne peut lui enlever son bien malgré lui. Il y a donc, à proprement parler, délégation en ce cas. L'usage est toutefois de n'appliquer cette expression que lorsqu'il y a novation par changement de débiteur. Si l'obligé que l'on charge de s'engager envers un nouveau créancier, refusait de le faire, la seule ressource qui resterait se-

(1) Pothier, t. 2, n° 603. — L. 36, De reb. creditis (D., 12, 1).

rait la cession de créance, dans laquelle l'assentiment du cédé n'est pas nécessaire (1). Cette opération diffère de la novation en ce que les accessoires de la créance ne sont pas éteints (2). Enfin, le nouveau créancier doit aussi consentir à la novation. De sorte que la novation par changement de créancier exige, de même que celle par changement de débiteur, le concours de trois personnes : l'ancien, le nouveau créancier et le débiteur.

193. Le plus fréquemment il arrivera que le délégataire sera créancier du délégant. Dans ce cas, il s'opérera une double novation : 1° par changement de débiteur entre le délégant et le délégataire ; 2° par changement de créancier entre le délégué et le délégant. Mais le contraire peut avoir lieu ; si, par exemple, le délégant, voulant faire une libéralité au délégataire, lui délègue son débiteur.

194. Toullier n'admet pas que le seul changement de créancier suffise pour opérer novation. Selon lui, il faut encore que la nouvelle obligation n'ait pas le même objet que l'ancienne. Autrement, dit-il : « Le nouvel engagement ne produirait pas d'autre effet que celui d'un transport de créance qui substitue à la vérité un créancier à un autre, mais non pas une nouvelle obligation à une ancienne (3). » Une semblable

(1) V. C. 1, De novat. (Code, 8, 42).
(2) Art. 1692, C. Nap.
(3) Toullier, t. 7, n° 274.

opinion ne peut se soutenir en présence de l'article 1271-3°. Pothier d'ailleurs est explicite sur ce point : « Lorsque, dit-il, la novation se fait avec l'intervention d'un nouveau débiteur ou d'un nouveau créancier, la différence de créancier ou de débiteur est une différence *suffisante* pour rendre la novation utile, sans qu'il soit nécessaire qu'il en intervienne d'autre (1). » Il s'ensuivra que les accessoires de la créance primitive s'éteindront.

195. La novation par changement de créancier est assez rare en pratique, car, outre qu'elle nécessite l'adhésion du délégué, elle fait disparaître les accessoires. Aussi la cession lui est-elle presque toujours préférée.

196. Il faut éviter de confondre la novation par changement de créancier avec les opérations suivantes :

1° *Indication d'une personne pour recevoir le paiement.* — Je charge Primus de toucher de mon débiteur Secundus le montant de ma créance. Primus n'est que mon mandataire, et si Secundus lui paye, il n'y a pas novation, mais extinction de la dette par paiement (2).

2° *Mise en gage de la créance.* — Je donne en gage à mon créancier Primus la créance que j'ai con-

(1) Pothier, t. 2, n° 597.
(2) Art. 1277-2°.

tre Secundus. C'est toujours sa dette envers moi que Secundus paiera à Primus, créancier gagiste, et mandataire à l'effet de recevoir.

3° *Transport-cession de la créance.* — Je cède à Primus ma créance contre Secundus, c'est toujours la même créance avec ses accessoires qui subsiste. De plus, le cédé ne s'obligeant à rien de nouveau, on se passe de son consentement.

4° *Adjectio solutionis recipiendæ gratia.* — Au moment de l'engagement je désigne Primus comme pouvant recevoir le paiement aussi valablement que moi. C'est une facilité que j'accorde au débiteur, et un mandataire irrévocable que je constitue par là.

197. *N. B.* Il est question dans l'art. 879 d'une espèce particulière de novation dont il nous faut aussi dire quelques mots (1). Le droit de demander la séparation des patrimoines a été accordé aux créanciers du défunt pour empêcher la confusion des biens d'une succession solvable avec ceux d'un héritier insolvable, de même que le bénéfice d'inventaire peut être demandé par l'héritier dans le cas inverse. Les créanciers héréditaires perdent néanmoins ce droit lorsqu'ils ont accepté l'héritier pour débiteur, en faisant avec ou contre lui des actes qu'ils n'auraient pas pu faire avec ou contre un simple administrateur de la suc-

(1) Art. 879 : « Ce droit (celui de demander la séparation des patrimoines) ne peut plus être exercé lorsqu'il y a *novation* dans la créance contre le défunt par l'acceptation de l'héritier pour débiteur. »

cession. Il ne peut être question ici d'une novation proprement dite, puisque le *créancier* et l'*objet* restent les mêmes ; et, quant au débiteur, il ne change pas non plus, vu que par l'effet de la saisine l'héritier devient le représentant juridique du défunt. Il ne faut donc pas appliquer à cette novation *sui generis* les articles 1271 et suivants. L'art. 879 n'emploie cette expression que *secundum subjectam materiam*, c'est-à-dire sous le rapport de la conservation ou de la perte du droit de demander la séparation des patrimoines. Aussi ne voyons-nous pas cette sorte de novation soumise, comme la novation véritable, au droit proportionnel de un pour cent (1), et dirons-nous que le créancier héréditaire, à qui le défunt avait donné des hypothèques ou des cautions, ne les perdrait pas, quoiqu'il eût accepté l'héritier pour débiteur. Il ne pourra néanmoins concourir sur les biens de la succession avec les créanciers du défunt qui, n'ayant pas contrevenu à l'art. 879, demanderont contre lui la séparation des patrimoines. Cette conséquence, admise en droit romain (2), devra l'être encore aujourd'hui, car l'acceptation de l'héritier pour débiteur lui faisait perdre le droit d'invoquer la séparation des patrimoines, les créanciers du défunt devront en profiter (3).

(1) Loi du 22 frimaire an VII, art. 69, § 3, n° 3.
(2) L. 1, § 16, De separat. (D., 42, 6).
(3) Demante, Cours analytique, t. 3, n° 220 *bis*.

POSITIONS.

DROIT ROMAIN.

Positions tirées de la thèse.

I. La loi 27, *De pactis* (D. 2, 14), et la loi 31, § 1, *De novat.* (D. 46, 2), peuvent se concilier.

II. Il y avait controverse entre les jurisconsultes sur l'existence de l'obligation naturelle du pupille qui avait contracté *sine tutoris auctoritate.* Dans la législation de Justinien, l'affirmative paraît devoir l'emporter, et l'insertion de deux textes contraires, au Digeste, doit être attribuée à une inadvertance.

III. La novation conditionnelle purge-t-elle la demeure? — Oui, d'après les lois 72, § 1, *De solut.* (D. 46, 3), et 14, pr., *De novat.* (D. 46, 2). La loi 31, pr., *De novat.*, peut se concilier avec les précédentes.

IV. La loi 56, § 8, *De verb. oblig.* (D. 45, 1), n'est pas contraire aux lois 72, § 1, *De solut.* et 14, pr., *De novat.*

V. On peut conjecturer avec vraisemblance qu'Ulpien (l. 14, *De novat.*) n'exigeait pas, contrairement à Marcellus (l. 72, *De solut.*), que la chose fût présente pour que la novation conditionnelle opérât purge de la demeure.

VI. Le mari supporte l'insolvabilité du débiteur délégué par la femme *dotis causa*, en ce sens seulement qu'il n'aura pas de recours contre elle ; mais au moment de la restitution de la dot, il ne rendra que ce qu'il a pu retirer du débiteur.

VII. Le § 179 de Gaius (Comm. 3) peut se concilier avec la loi 30, § 2, *De pactis*.

VIII. Le § 179, *eodem comm.*, et la loi 60, § 1, *De condictione indebiti* (D. 12, 6), sont inconciliables.

—

Positions diverses.

I. La fille de famille pouvait valablement contracter des dettes.

II. L'*infantia* ne cessait qu'à sept ans.

III. Il y a antinomie entre la loi 9, § 4, *De publiciana in rem actione* (D. 6, 2), et la loi 31, § 2, *De actionib. empti et venditi* (D. 19, 1).

IV. La règle établie par Justinien dans la Const. I *Communia de legatis* (Code, 6, 43), que l'hypothèque du légataire n'est donnée que dans la limite de l'action personnelle qu'il a contre chaque héritier débiteur du legs, n'empêche pas qu'après le partage chaque héritier puisse être poursuivi hypothécairement pour le tout. Mais, après avoir payé sa part personnelle, il peut échapper à l'action hypothécaire en abandonnant seulement la partie hypothéquée pour la dette de son cohéritier.

V. Les lois 22, *De pignoribus* (D. 20, 1) et 41, *De pignerat. action.* (D. 13, 7), sont inconciliables.

DROIT FRANÇAIS.

Positions tirées de la thèse.

I. Le créancier évincé de la chose donnée *in solutum* peut exercer son ancienne créance avec tous ses avantages, sauf celui du cautionnement.

II. Lorsque des effets négociables sont donnés en paiement d'un prix de vente, il y a novation de la créance du vendeur.

III. Lorsque le débiteur d'une somme exigible s'engage à fournir en place une rente perpétuelle, il y a novation.

IV. Le mari ne peut, sous le régime de communauté, nover les créances mobilières propres à sa femme.

—

Positions diverses.

I. Les servitudes continues et apparentes ne peuvent être acquises par la prescription de dix à vingt ans.

II. Lorsqu'une personne renonce à la prescription acquise, ses créançiers chirographaires peuvent faire tomber cette renonciation. — Il leur suffit pour cela de prouver que la renonciation leur préjudicie.

III. L'accession de possession s'applique entre le revendiquant qui triomphe et le défendeur qui succombe.

IV. Un légataire universel, en présence des père et mère du défunt, ne peut prendre que la moitié, alors même qu'une partie de ces biens se composerait d'objets donnés par un autre ascendant.

V. Les envoyés en possession définitive des biens d'un absent doivent restituer ces biens à ceux qui prouvent que, à la mort de l'absent, ils étaient ses héritiers les plus proches, pourvu qu'au moment de la pétition d'hérédité cette mort ne remonte pas à plus de trente ans.

VI. Le legs universel fait par un mineur parvenu à l'âge de seize ans et ayant, au temps de la confection du testament, des héritiers réservataires, vaudra pour la moitié des biens si les réservataires sont morts avant le testateur.

DROIT CRIMINEL.

I. Dans l'hypothèse de l'art. 57 du Code pénal, il faut s'attacher à la peine prononcée pour la première infraction, et non pas à la qualification du fait lui-même.

II. Les condamnations par contumace n'entraînent pas interdiction légale.

HISTOIRE DU DROIT.

I. Il est à présumer que l'usage du domaine congéable prit naissance dans les émigrations galloises dont la Bretagne fut le théâtre aux ve et vie siècles de l'ère chrétienne.

II. L'origine la plus plausible des réserves coutumières se trouve dans le droit germanique.

Vu par le Président de la thèse,

BUGNET.

Vu par le Doyen,

C.-A. PELLAT.

Permis d'imprimer, le Vice-Recteur,

CAYX.

ERRATA.

Table des matières, page 1, ligne 4, *au lieu de* : page 4; *lisez* : page 3.

Page 2 de la table, *au lieu de* : 115; *lisez* : 119.

— 14, note, ligne 11, *au lieu de* : première opinion; *lisez* : premier système.

— 15, ligne 12 de la note, *au lieu de* : § 3; *lisez* : § 123.

— 22, note, ligne 1, *au lieu de*: Inst. 4, 29, § 2; *lisez* : Inst. 3, 29, § 2.

— 23, note, ligne 2, *au lieu de* : L. 14, § 2; *lisez* : L. 14, § 1.

— 157, *au lieu de* : 203 — 8; *lisez* : 2038.

— 163, note 2, *au lieu de* : 136 et 137; *lisez* : 636 et 637.

— 167, ligne 12, *au lieu de* : et; *lisez* : en.

— 198, ligne 10, *au lieu de* : intuitio rei; *lisez* : intuitu rei.

